



الملك لله دخل في حفظ عبده
الحاجي بشير اغا دار السعادة
الشريفة لسنة ثمان
وخمسين ومائة
والف



٢٨٩

هذه النسخة الجليلة والمجلة الجميلة من وقف حضرت مولانا صاحب الخيرات الحسان ساحب ذيل الجود والاحسان
منور مصابيح المقاصد بانوار العناية مفتح معاقد المراصد بمفتاح الكفاية جامع محاسن العلم والعمل
حائز مجامع البر الاكمل الا وهو اغاء دار السعادة الحاج بشير وفقه الله للخير المزيد والبر الكثير
من هو على كل شيء قدير حرره الفقير الى الله سبحانه وتعالى
محمد امين المفتش باوقاف الحرمين المحترمين
عفي له



٢٢



الحمد لله الذي اعلى معالم العلم واعلامه ٭ واظهر شعائر الشرع واحكامه
وبعث رسلا وانبياء صلوات الله عليهم اجمعين ٭ الى سبل الحق هادين
واخلفهم علماء الى سنن سننهم داعين يسلكون فيما لم يؤثر عنهم
مسالك الاجتهاد مسترشدين منه في ذلك ٭ وهو ولي الارشاد وخص
اوائل المستنبطين بالتوفيق حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق
غير ان الحوادث متعاقبة الوقوع ٭ والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع
واقتناص الشوارد ٭ بالاقتباس من الموارد ٭ والاعتبار بالامثال
من صنعة الرجال ٭ وبالوقوف على المآخذ يعض عليها بالنواجذ وقد
جرى على الوعد في مبدا بداية المبتدي ٭ ان اشرحها بتوفيق الله شرحا
ارسمه بكفاية المنتهى ٭ فشرعت فيه والوعد يسوغ المساغ وحين اكاد اتكي
عنه اتكاء الفراغ ٭ تبينت فيه نبذا من الاطناب ٭ وخشيت ان يهجر لاجله
الكتاب فصرفت العنان والعناية ٭ الى شرح اخر موسوم بالهداية اجمع فيه
بتوفيق الله بين عيون الرواية ٭ ومتون الدراية تاركا للزوائد في كل
باب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب مع ما انه يشتمل على اصوله
واسئل الله تعالى ان يوفقني لاتمامها ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها
حتى ان من سمت همته الى مزيد الوقوف يرغب في الاطول والاكبر ومن اعجله
الوقت عنه يقتصر على الاقصر والاصغر وللناس فيما يعشقون مذاهب
والفن خير كله ٭ ثم سئلني بعض اخواني ان املي عليهم المجموع الثاني فافتتحته



مستعينا بالله في تحرير ما اقاوله متضرعا اليه في التيسير لما احاوله
انه الميسر لكل عسير وهو على ما يشاء قدير وبالاجابة جدير **كتاب**
الطهارات قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا قمتم الى الصلوة فا
غسلوا وجوهكم الآية ففرض الطهارة غسل الاعضاء الثلثة ومسح
الراس بهذا النص والغسل هو الاسالة والمسح هو الاصابة وحد الوجه من قصاص
الشعر الى اسفل الذقن الى شحمتي الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو
مشتق منها والمرفقان والكعبان تدخلان في الغسل عندنا خلافا لزفر
رحمه هو يقول ان الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم **ولنا**
ان هذه الغاية لاسقاط ما وراءها اذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل
وفي باب الصوم لمد الحكم اليها اذ الاسم ينطلق على الامساك ساعة والكعب
هو العظم الناتي هو الصحيح ومنه الكاعب قال والمفروض في مسح الراس مقدار
الناصية وهو ربع الراس لما روى المغيرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى
سباطة قوم فبال وتوضا ومسح على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق
بيانا به وهو حجة على الشافعي رحمه في التقدير بثلاث شعرات وعلى مالك
رحمه في اشتراط الاستيعاب وفي بعض الروايات قدره اصحابنا بثلاث
اصابع لانها اكثر ما هو الاصل في آلة المسح **قال** وسنن الطهارة غسل
اليدين قبل ادخالهما الاناء اذا استيقظ المتوضي من نومه لقوله عم اذا استيقظ
احدكم من منامه فلا يغمسن يده في الاناء حتى يغسلها ثلثا فانه لا يدري اين
باتت يده ولان اليد آلة التطهير فيسن بتنظيفها وهذا الغسل الى الرسغ لوقوع
الكفاية في التنظيف والتسمية الله في ابتداء الوضوء لقوله عم لا وضوء لمن لم يسم
والمراد نفي الفضيلة والاصح انها مستحبة وان سماها في الكتاب سنة ويسمي قبل
الاستنجاء وبعده هو الصحيح **قال** والسواك لان النبي كان يواظب عليه
عند فقده يعالج بالاصبع لان النبي عم فعل كذلك والاصح انه مستحب

والمضمضة والاستنشاق لانه عم فعلهما على المواظبة وكيفيته ان يمضمض ثلثا
يأخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق كذلك هذا هو المحكي عن وضوء رسول الله
صلى الله عليه وسلم ومسح الاذنين وهو سنة بماء الرأس عندنا خلافا للشافعي لقوله
عم الاذنان من الرأس والمراد به بيان الحكم دون الخلقة وتخليل اللحية لان النبي
عليه السلام امره جبرائيل بذلك وقيل هو سنة عند ابي يوسف جائز عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهم الله لان السنة اكمال الفرض في محله والداخل ليس بمحل له قال وتخليل
الاصابع لقوله عم خللوا اصابعكم قبل ان تتخللها نار جهنم ولانه اكمال الفرض في محله
قال وتكرار الغسل الى الثلث لان النبي عم توضأ مرة مرة وقال هذا وضوء من لا
يقبل الله تعالى الصلوة الا به ثم توضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف له
الاجر مرتين وتوضأ ثلثا ثلثا وقال هذا وضوئي ووضوء الانبياء من قبلي فمن زاد
على هذا او نقص فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة قال ويستحب
للمتوضئ ان ينوي الطهارة فالنية في الوضوء سنة عندنا وعند الشافعي رحمه
فرض لانه عبادة فلا يصح بدون النية ولنا انه لا يقع عبادة قربة الا بالنية
ولكنه يقع مفتاحا للصلوة لوقوعه طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لان التراب
غير مطهر الا في حال ارادة الصلوة او هو ينبئ عن القصد قال ويستوعب
رأسه بالمسح وهو سنة قال الشافعي رحمه السنة التثليث بمياه مختلفة اعتبارا
بالمغسول ولنا ان انس رضي الله عنه توضأ ثلثا ثلثا ومسح برأسه مرة واحدة
وقال هذا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي يروى من التثليث محمول
عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روى الحسن عن ابي حنيفة رض ولان المفروض
هو المسح وبالتكرار يصير غسلا فلا يكون مسنونا فصار كمسح الخف بخلاف
الغسل لانه لا يضره التكرار قال ويرتب الوضوء فيبتدئ بما بدأ الله تعالى
بذكره وبالميامن فالترتيب في الوضوء سنة وقال الشافعي فرض لقوله تعالى
فاغسلوا وجوهكم الآية والفاء للتعقيب ولنا ان المذكور فيها حرف الواو وهي

وهي لمطلق الجمع باجماع اللغة فتقتضي اعقاب غسل جملة الاعضاء والبداية بالميامن
فضيلة لقوله عم ان الله يحب التيامن في كل شيء حتى الترجل والتنعل فصل
في نواقض الوضوء المعاني الناقضة للوضوء كل ما خرج من السبيلين لقوله تعالى
او جاء احد منكم من الغائط وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما الحدث
قال ما يخرج من السبيلين وكلمة ما عامة فتتناول المعتاد وغيره والدم
والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوزا الى موضع يلحقه حكم التطهير والقيء ملاء الفم
وقال الشافعي الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي ان النبي
عليه السلام قاء فلم يتوضأ ولان غسل غير موضع الاصابة امر تعبدي
فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد ولنا قوله عم الوضوء من كل
دم سائل وقوله عم من قاء او رعف في صلوته فلينصرف وليتوضأ
وليبن على صلوته ما لم يتكلم ولان خروج النجاسة مؤثر في زوال
الطهارة وهذا القدر في الاصل السبيلين معقول والاقتصار على غسل
الاعضاء الاربعة غير معقول لكنه يتعدى الاول غير ان الخروج انما يتحقق
بالسيلان الى يلحقه حكم التطهير وبملء الفم في القيء لان بزوال القشرة تظهر
النجاسة في محلها فتكون بادية لا خارجة بخلاف السبيلين لان ذلك
الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل بالظهور على الانتقال والخروج
وملء الفم ان يكون بحال لا يمكن ضبطه الا بتكلف لانه يخرج ظاهرا فاعتبر
خارجا وقال زفر قليل القيء وكثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان اعتبارا
بالمخرج المعتاد ولاطلاق قوله عم ليس في القطرة والقطرتين وضوء الا
ان يكون سائلا وقول علي رضي حين عد الاحداث جملة او دسعة تملأ الفم
واذا تعارضت الاخبار يحمل ما رواه الشافعي على القليل وما رواه زفر رحمه
على القيء الكثير والفرق بين المسلكين ما قدمناه ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع
يملأ الفم فعند ابي يوسف يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد يعتبر اتحاد السبب وهو الغثيان

ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن ابي يوسف وهو الصحيح
لانه ليس بنجس حكما حيث لم ينتقض به الطهارة وهو اذا قاء مرة او طعاما
او ماء فان قاء بلغما فغير ناقض عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو
يوسف رحمه ناقض اذا قاء ملء الفم والخلاف في المرتقي اما النازل من
الراس فغير ناقض بالاتفاق لان الراس ليس بمحل النجاسة لابي يوسف رحمه
انه نجس بالمجاورة ولهما انه لزج فلا يتخلله النجاسة وما يتصل به قليل
والقليل في القيء غير ناقض ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملء الفم لانه سوداء
محترقة وان كان مائعا فكذلك عند محمد رحمه اعتبارا بسائر انواعه وعندهما
ان سال بقوة نفسه ينقض الوضوء وان كان قليلا لان المعدة ليست بمحل
الدم فيكون من قرحة في الجوف ظاهرا ولو نزل من الراس الى ما لان من الانف
نقض بالاتفاق لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج قال
والنوم مضطجعا او متكئا او مستندا الى شيء لو ازيل لسقط لان الاضطجاع
سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عادة والثابت عادة
كالمتيقن به والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الارض ويبلغ
الاسترخاء غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط
بخلاف حال القيام والقعود والركوع والسجود في الصلوة وغيرها لان
بعض الاستمساك هو الصحيح باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء
والاصل فيه ع م لا وضوء على من نام قائما او راكعا او ساجدا انما الوضوء
على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله والغلبة على
العقل بالاغماء والجنون لانه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والاغماء
حدث في الاحوال كلها وهو القياس في النوم الا انا عرفناه بالاثر والاغماء
فوقه فلا يقاس عليه قال والقهقهة في كل صلوة ذات ركوع وسجود
والقياس انها لا تنقض وهو قول الشافعي لانه ليس بخارج ولهذا لم

لم يكن حدثا في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة وخارج الصلوة ولنا
قوله ع م الا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلوة جميعا وبمثله يترك
القياس والاثر ورد في صلوة مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة ما يكون مسموعا
له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلوة
دون الوضوء والتبسم لا ينقض الوضوء والصلوة قال والدابة تخرج من
الدبر ينقض الوضوء وان خرجت من راس الجرح او سقط اللحم لا ينقض والمراد
بالدابة الدودة وهذا لان النجس ما عليها وذلك قليل وهو حدث في
السبيلين دون غيرهما فاشبه الجشاء والفساء بخلاف الريح الخارجة من قبل
المراة وذكر الرجل لانها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة يستحب
لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر فان قشرت نقطة فسال منها ماء
او صديد او غيرهما ان سال عن راس الجرح نقض وان لم يسل لا ينقض
وقال زفر ينقض في الوجهين وقال الشافعي لا ينقض في الوجهين
وهي مسئلة الخارج النجس من غير السبيلين وهذه الجملة نجسة لان الدم ينضج
فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير صديدا ثم يصير ماء هذا اذا قشرها فخرج بنفسه
اما اذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج فصل
في الغسل وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل سائر البدن
وعند الشافعي رحمه هما سنتان فيه لقوله ع م عشر من الفطرة اي من
السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا سنتين في الوضوء
ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير جميع البدن
الا ان ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج بخلاف الوضوء لان الواجب فيه
غسل الوجه والمواجهة فيهما منعدمة والمراد بما روى حالة الجنابة بدليل قوله
ع م انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء وسنته ان يبدا المغتسل
فيغسل يديه وفرجه ويزيل النجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضا وضوءه

للصلوة الا رجليه ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلثا ثم يتنحى عن ذلك
المكان فيغسل رجليه هكذا حكت ميمونة رضي عنها اغتسال رسول الله
صلى الله عليه وسلم وانما يؤخر غسل رجليه لانهما في مستنقع الماء المستعمل
فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح لا يؤخر وانما يبدأ بازالة النجاسة
الحقيقية كيلا تزداد باصابة الماء وليس على المرأة ان تنقض ضفايرها في
الغسل اذا بلغ الماء اصول الشعر لقوله عم لام سلمة تكفيك اذا بلغ الماء اصول
شعرك وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح بخلاف اللحية لانه لا حرج في ايصال
الماء الى اثنائها **قال** والمعاني الموجبة للغسل انزال المني على وجه الدفق و
الشهوة من الرجل والمرأة حالة النوم واليقظة وعند الشافعي رحمه خروج المني
كيف ما كان يوجب الغسل لقوله عم الماء من الماء اي الغسل من المني **ولنا** ان
الامر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة في اللغة عبارة عن خروج المني على
وجه الشهوة يقال اجتنب الرجل اذا قضى شهوته من المرأة والحديث محمول على
الخروج عن شهوة ثم المعتبر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انفصاله عن مكانه
على وجه الشهوة وعند ابي يوسف رحمه ظهوره ايضا اعتبارا للخروج
بالمزايلة اذ الغسل يتعلق فيهما **ولهما** متى وجب من وجه فالاحتياط
في الايجاب والتقاء الختانين من غير انزال لقوله عم اذا التقى الختانان وغابت
الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل ولانه سبب الانزال ونفسه يتغيب
عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وكذا الايلاج في الدبر لكمال
السببية فيجب على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة وما دون الفرج لان
السببية ناقصة **قال** والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد وكذا
النفاس بالاجماع وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم الغسل الجمعة
والعيدين وعرفة والاحرام نص على السنة **وقيل** هذه الاربعة مستحبة
وسمى محمد رحمه الغسل في يوم الجمعة حسنا في الاصل وقال مالك هو وا

واجب لقوله عم من اتى الجمعة فليغتسل ولنا **قوله** عم من توضأ يوم الجمعة
فبها ونعمت ومن اغتسل فهو افضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب
او على النسخ ثم هذا الغسل للصلوة عند ابي يوسف هو الصحيح لزيادة فضيلتها
على الوقت واختصاص الطهارة بها وفيه خلاف الحسن والعيدان بمنزلة
الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتاذي بالرائحة
الكريهة واما في عرفة والاحرام فسنبينه ان شاء الله تعالى في المناسك
وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله عم كل فحل يمذي
وفيه الغسل الوضوء والودي الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه خروجا
فيكون معتبرا به والمني خاثر ابيض ينكسر منه الذكر والمذي رقيق يضرب الى
البياض يخرج عند ملاعبة الرجل اهله وهذا التفسير ماثور عن عائشة رضي
الله عنها **باب** الماء الذي يجوز به الوضوء الطهارة من الاحداث
جائزة بماء السماء والانهار والاودية والعيون والابار والبحار لقوله تعالى
وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عم الماء طهور لا ينجسه شيء الا ما غير لونه
او طعمه او ريحه وقوله عم في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ومطلق
الاسم ينطلق على هذه المياه ولا يجوز بما اعتصر من الشجر والثمر لانه ليس
بماء مطلق والحكم عند فقده منقول الى التيمم والوظيفة في هذه
الاعضاء تعبدية فلا تتعدى الى غير المنقوص عليه اما الماء الذي يقطر
من الكرم يجوز التوضي به لانه ماء خرج من غير علاج ذكره في جامع ابي
يوسف وفي الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار ولا يجوز بماء غلب
عليه غيره فاخرجه عن طبع الماء كالاشربة والخل وماء الورد وماء الباقلاء
والمرق وماء الزردج لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلاء ما تغير
بالطبخ وان تغير بدون الطبخ يجوز التوضي به ويجوز الطهارة بماء خالطه
شيء طاهر فغير احد اوصافه كماء المد والماء الذي اختلط به اللبن او

كالاشنان او الزعفران قال المصاجري في المختصر ماء الزردج مجرى
المرق والمروي عن ابي يوسف انه بمنزلة ماء الزعفران وهو الصحيح كذا اختاره
الناطقي والامام السرخسي وقال الشافعي لا يجوز التوضي بماء الزعفران
واشباهه مما ليس من جنس الارض لانه ماء مقيد الا ترى انه يقال ماء الزعفران
بخلاف اجزاء الارض لان الماء لا يخلو عنها عادة ولنا ان اسم الماء باق
على الاطلاق الا ترى انه لم يتجدد له اسم على حدة واضافته الى الزعفران
كاضافته الى البئر والعين ولان الخلط القليل لا معتبر به لعدم امكان
الاحتراز عنه كما في اجزاء الارض فيعتبر الغالب والغلبة بالاجزاء لا بتغيير
اللون هو الصحيح وان تغير بالطبخ بعد ما خلط به غيره لا يجوز التوضي به
لانه لم يبق في معنى المنزل من السماء اذ النار غيرته الا اذا طبخ ما يقصد به
المبالغة في النظافة كالاشنان ونحوه لان الميت يغسل بالماء الذي
اغلي بالسدر بذلك وردت السنة الا ان يغلب ذلك على الماء فيصير
كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه قال وكل ماء وقعت
فيه نجاسة لم يجز الوضوء به قليلا كانت النجاسة او كثيرا وقال مالك
يجوز ما لم يتغير احد اوصافه لما روينا وقال الشافعي يجوز ان كان الماء
قلتين لقوله عم اذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا ولنا حديث المستيقظ
من منامه وقوله عم لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه
من الجنابة من غير فصل والذي رواه مالك ورد في بئر بضاعة وماؤها
كان جاريا في البساتين وما رواه الشافعي ضعفه ابو داود وهو
يضعف عن احتمال النجاسة والماء الجاري اذا وقعت فيه نجاسة جاز
الوضوء منه اذا لم ير لها اثر لانها لا تستقر مع جريان الماء والاثر هو
الطعم او الرائحة او اللون والجاري ما لا يتكرر استعماله وقيل ما
يذهب بتبنة والغدير العظيم الذي لا يتحرك احد طرفيه بتحريك

بتحريك الطرف الآخر لان الظاهر ان النجاسة لا تصل اليه اذ اثر
التحريك في السراية فوق اثر النجاسة ثم عن ابي حنيفة رضي الله عنه
انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو قول ابي يوسف وعنه بالتحريك
باليد وعن محمد بالتوضي وجه الاول ان الحاجة اليه في الحياض
اشد منها الى التوضي وبعضهم قدروا ذلك بالمساحة عشرا في عشر
بذراع الكرباس توسعة للامر على الناس وعليه الفتوى والمعتبر في العمق
ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف هو الصحيح وقوله في الكتاب
جاز الوضوء من الجانب الآخر اشارة الى انه يتنجس موضع الوقوع
وعن ابي يوسف رحمه انه لا يتنجس الا بظهور النجاسة فيه كالماء
الجاري قال وموت ما ليس له نفس سائلة في الماء لا ينجسه
كالبق والذباب والزنابير والعقرب ونحوها وقال الشافعي رحمه ينجسه
لان التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة بخلاف دود الخل وسوس
الثمار لان فيه ضرورة ولنا قوله عم فيه هذا هو الحلال اكله
وشربه والوضوء به ولان المنجس اختلاط الدم المسفوح باجزائه
عند الموت حتى حل المذكى لانعدام الدم فيه ولا دم فيها والحرمة ليست
من ضرورتها النجاسة كالطين وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده
كالسمك والضفدع والسرطان وقال الشافعي رحمه يفسده الا السمك
لما مر ولنا انه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة
حال مخها دما ولانه لا دم فيها اذ الدموي لا يسكن في الماء والدم
هو المنجس وما في غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن
وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الاصح والضفدع البحري والبري
سواء وقيل البري مفسد لوجود الدم وعدم المعدن وما يعيش
في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء ومائي المعاش دون مائي

المولود فيفسد كقطر الماء. الماء المستعمل لا يطهر الاحداث خلافا لمالك
والشافعي رحمهما الله هما يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة
بعد اخرى كالقطوع وقال زفر رح وهو احد قولي الشافعي
رح ان كان المستعمل متوضئا فهو طهور وان كان محدثا فهو
طاهر غير طهور لان العضو طاهر حقيقة وباعتباره يكون الماء
طاهرا لكنه نجس حكما وباعتباره يكون نجسا فقلنا بانتفاء
الطهورية وبقاء الطهارة عملا بالشبهين وقال محمد وهو رواية
عن ابي حنيفة رح هو طاهر غير طهور لان ملاقاة الطاهر الطاهر
لا توجب التنجس الا انه اقيمت به قربة فتغيرت صفته كمال الصدقة
وقال ابو حنيفة وابو يوسف هو نجس لقوله عم لا يبولن احدكم
في الماء الدائم الحديث ولانه ماء ازيلت به النجاسة الحكمية
فيعتبر بما ازيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن ابي
حنيفة رح نجس نجاسة غليظة كالبول والخمر اعتبارا بالماء
المستعمل في النجاسة الحقيقية وفي رواية ابي يوسف رح عنه
وهو قوله نجاسة خفيفة لمكان الاختلاف والماء المستعمل
هو ماء ازيل به حدث او استعمل في البدن على وجه القربة قال
رح وهذا هو قول ابي يوسف وقيل هو قول ابي حنيفة رحمه
ايضا وقال محمد لا يصير مستعملا الا باقامة القربة لان الاستعمال
بانتقال نجاسة الاثام اليه وانها تزال بالقرب وابو يوسف يقول
اسقاط الفرض مؤثر ايضا فيثبت الفساد بالامرين ومتى يصير مستعملا
الصحيح انه كما زايل العضو صار مستعملا لان سقوط حكم الاستعمال
قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده والجنب اذا انغمس
في البئر لطلب الدلو فعند ابي يوسف الرجل بحاله لعدم الصب

الصب وهو شرط عنده لاسقاط الفرض والماء بحاله لعدم الامرين
وعند محمد كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط الصب والماء
لعدم نية التقرب وعند ابي حنيفة كلاهما نجسان الماء لاسقاط
الفرض عن البعض باول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية
الاعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل وعنه
ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال
وهو اوفق الروايات عنه قال وكل اهاب دبغ فقد طهر
جازت الصلوة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والادمي لقوله عم
ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على مالك في جلد الميتة ولا
يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة باهاب لانه اسم لغير
المدبوغ وهو حجة على الشافعي في جلد الكلب وليس الكلب بنجس
العين الا ترى انه ينتفع به حراسة واصطيادا بخلاف الخنزير لانه
نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف اليه
لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الادمي لكرامته فخرجا عما رويناه
ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا او
تتريبا لان المقصود يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره وما
يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة لانه يعمل عمل الدباغ في ازالة
الرطوبات النجسة وكذا يطهر لحمه وهو الصحيح وان لم يكن ماكولا
وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي نجس لانه
من اجزاء الميتة ولنا انه لا حيوة فيهما ولهذا لا يتألم بقطعهما
فلا يحلهما الموت اذ الموت زوال الحيوة وشعر الانسان وعظمه
طاهر وقال الشافعي نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه
ولنا ان حرمة الانتفاع به والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته

والله اعلم **فصل** في البئر واذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان
نزح ما فيها من الماء طهارة لها باجماع السلف ومسائل البئر مبنية
على اتباع الآثار دون القياس وان وقعت فيها بعرة او بعرتان من بعر
الابل والغنم لم يفسد الماء استحسانا والقياس ان يفسده لوقوع
النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان ان ابار الفلوات ليس لها
رؤس حاجزة والمواشي تبعر حولها وتلقيها الريح فيها فجعل القليل
عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي
عن ابي حنيفة رحمه الله وعليه الاعتماد ولا فرق بين الرطب واليابس
والصحيح والمنكسر والروث والخثي والبعر لان الضرورة تشمل
الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا يرمي البعرة
ويشرب اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى القليل في الاناء نتن على
ما قيل لعدم الضرورة وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه كالبئر في البعرة
والبعرتين وان وقع فيها خرء الحمام او العصفور لا يفسده خلافا
للشافعي له انه استحال الى نتن وفساد فاشبه خرء الدجاج ولنا
اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر
بتطهيرها واستحالته لا الى نتن رائحة فاشبه الحماة فان بالت
فيها شاة نزح الماء كله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ينزح الا
اذا غلب على الماء فيخرج من ان يكون طهورا واصله ان بول ما يؤكل لحمه
طاهر عنده نجس عندهما له انه عم امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها
ولهما قوله عم استنزهوا عن البول فان عامة عذاب القبر منه ولانه يستحيل
الى نتن وفساد فصار كبول ما لا يؤكل لحمه وتأويل ما روي انه عرف شفاءهم
فيه وحيا ثم عند ابي حنيفة لا يحل شربه للتداوي لانه لا يتيقن بالشفاء
فيه فلا يعرض عن الحرمة وعند ابي يوسف يحل للتداوي للقصة

للقصة وعند محمد يحل للتداوي وغيره للتداوي لطهارته عنده **قال** وان
ماتت فيها فارة او عصفورة او صعوة او سودانية او سام ابرص نزح منها عشرون
دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو وصغرها يعني بعد اخراج الفارة لحديث انس رضي الله عنه
انه قال في الفارة ماتت في البئر واخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلوا الى ثلثين
والعصفورة ونحوها تعادل الفارة في الجثة فاخذت حكمها والعشرون بطريق الايجاب
والثلاثون بطريق الاستحباب **قال** فان ماتت فيها حمامة ونحوها كالدجاجة
والسنور نزح منها ما بين اربعين الى ستين وفي الجامع الصغير اربعون او خمسون
وهو الاظهر لما روي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال في الدجاجة اذا ماتت في
البئر ينزح منها اربعون دلوا وهذا لبيان الايجاب والخمسون بطريق الاستحباب ثم المعتبر
في كل بئر دلوها الذي يستقى به منها وقيل دلو يسع فيه صاع وهو رواية الحسن عن
ابي حنيفة رحمه الله ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود
قال وان ماتت فيها شاة او كلب او آدمي نزح جميع ما فيها من الماء لان ابن عباس
وابن الزبير افتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم **قال** وان انتفخ الحيوان
فيها او تفسخ نزح جميع ما فيها من الماء صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء
قال وان كانت البئر معينا لا يمكن نزحها اخرجوا مقدار ما كان فيها من الماء وطريق
معرفته ان يحفر حفرة مثل موضع الماء من البئر ويصب فيها ما ينزح منها الى ان
تمتلئ او ترسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة فينزح منها عشر دلاء ثم تعاد
القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها عشر دلاء وهذان عن ابي يوسف وعن محمد
نزح مائتا دلو الى ثلثمائة دلو وكانه بنى على ما شاهد في بلده وعن ابي حنيفة في الجامع الصغير
في مثله ينزح حتى يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دابه وقيل يؤخذ بقول
رجلين لهما بصارة في امر الماء وهذا اشبه بالفقه **قال** وان وجدوا في البئر فارة
او غيرها ولا يدرون متى وقعت ولم تنتفخ ولم تتفسخ اعادوا صلاة يوم وليلة اذا
كانوا توضؤوا منها وغسلوا كل شيء اصابه ماؤها وان كانت قد انتفخت او تفسخت

اعاد صلوة ثلاثة ايام ولياليها وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس عليهم اعادة شيء حتى يتحققوا متى وقعت لان اليقين لا يزال بالشك فصار كمن رأى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته ولابي حنيفة رحمه الله ان للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء فيحال به عليه الا ان الانتفاخ والتفسخ دليل التقادم فيقدر بالثلاث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة لان ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها واما مسئلة النجاسة فقد قال المعلى هو على هذا الخلاف فيقدر بالثلث في البالي وباليوم والليلة في الطري ولئن سلم فالثوب بمرأى عينه والبئر غائبة عن بصره فيفترقان والله اعلم

فصل في الاسار وغيرها وعرق كل شيء معتبر بسؤره لانهما يتولدان من لحمه فاخذ احدهما حكم صاحبه **قال** وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه طاهر لان المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والكافر **قال** وسؤر الكلب نجس ويغسل الاناء من ولوغه ثلثا لقوله عليه السلام يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلثا ولسانه يلاقي الماء دون الاناء فاذا تنجس الاناء من ولوغ الكلب فالماء اولى وهذا يفيد النجاسة والعدد في الغسل وهو حجة على الشافعي في اشتراط السبع ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلث فما يصيبه سؤره وهو دونه اولى والامر الوارد بالسبع محمول على الابتداء وسؤر الخنزير نجس لانه نجس العين على ما مر وسؤر سباع البهائم نجس خلافا للشافعي رحمه الله فيما سوى الكلب والخنزير لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب وسؤر الهرة طاهر مكروه وعن ابي يوسف انه غير مكروه لان النبي عليه السلام كان يصغي لها الاناء فتشرب منه ثم يتوضأ به ولهما قوله عليه السلام الهرة سبع والمراد بيان الحكم الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قيل الكراهة لحرمة اللحم وقيل لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير الى التنزه والاول الى القرب من التحريم ولو اكلت الفارة ثم شربت على فوره الماء تنجس الا اذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها والاستثناء على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ويسقط اعتبار الصب للضرورة وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه لانها تخالط النجاسة ولو

كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدمها لا يكره لوقوع الامن عن المخالطة وكذا سؤر سباع الطير لانها تأكل الميتات فاشبهت المخلاة وعن ابي يوسف رح انها اذا كانت محبوسة يعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية وسؤر ما يسكن في البيوت كالحية والفارة مكروه لان حرمة اللحم اوجبت نجاسة السؤر الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة وسؤر الحمار والبغل مشكوك فيه وقيل الشك في طهارته لانه لو كان طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب اللعاب على الماء وقيل الشك في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق لم يجب عليه غسل رأسه وكذا لبنه طاهر وعرقه لا يمنع جواز الصلوة وان فحش فكذا سؤره وهو الاصح ويروى نص محمد على طهارته وسبب الشك تعارض الادلة في اباحته وحرمته او اختلاف الصحابة في نجاسته وطهارته وعن ابي حنيفة رحمه الله انه نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته فان لم يجد غيرهما يتوضأ بهما ويتيمم ويجوز ايهما قدم وقال زفر لا يجوز الا ان يقدم الوضوء لانه ماء واجب الاستعمال فاشبه الماء المطلق ولنا ان المطهر احدهما فيفيد الجمع دون الترتيب وسؤر الفرس طاهر عندهما لان لحمه مأكول وكذا عنده في الصحيح لان الكراهة لاظهار شرفه **قال** فان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة يتوضأ به ولا يتيمم لحديث ليلة الجن فان النبي عليه السلام توضأ به حين لم يجد الماء وقال ابو يوسف يتيمم ولا يتوضأ وهو رواية عن ابي حنيفة وبه قال الشافعي عملا باية التيمم لانها اقوى او هو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن كانت مكية **وقال** محمد يتوضأ به ويتيمم لان في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور عملت به الصحابة وبمثله يزاد على الكتاب واما الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء وقيل لا يجوز لانه فوقه والنبيذ المختلف فيه ان يكون حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء وما اشتد منه صار حراما لا يجوز التوضي به وان غيرته النار فما دام حلوا فهو على هذا الاختلاف وان اشتد فعند ابي حنيفة يجوز التوضي به لانه يحل شربه عنده

وعند محمد لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده ولا يجوز التوضؤ بما سواه من الانبذة جريا
على قضية القياس **باب التيمم** قال رضي الله عنه ومن لم يجد الماء وهو مسافر
او خارج المصر وبينه وبين المصر نحو الميل او اكثر يتيمم بالصعيد لقوله تعالى فلم تجدوا
ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقوله عليه السلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد
الماء والميل هو المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة
والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لان التفريط يأتي من قبله ولو كان يجد الماء الا انه
مريض يخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض
فوق الضرر في زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا اولى ولا فرق بين ان يشتد
مرضه بالتحرك او بالاستعمال واعتبر الشافعي خوف التلف وهو مردود بظاهر النص
ولو خاف الجنب ان اغتسل ان يقتله البرد او يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا اذا كان
خارج المصر لما بينا ولو كان في المصر فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان
تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر وله ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره
والتيمم ضربتان يمسح باحداهما وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين لقوله عليه السلام
التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وينفض يديه بقدر ما يتناثر
التراب كيلا يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء
ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والحدث والجنابة فيه سواء
وكذا الحيض والنفاس لما روي ان قوما جاؤوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا
انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا او شهرين وفينا الجنب والحائض
والنفساء فقال عليه السلام عليكم بارضكم ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
بكل ما كان من جنس الارض كالتراب والرمل والحجر والجص والنورة والكحل والزرنيخ وقال
ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الا بالتراب والرمل خاصة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا
بالتراب وهو رواية عن ابي يوسف لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا
اي ترابا منبتا قال ابن عباس رضي الله عنه غير ان ابا يوسف رح زاد عليه الرمل بالحديث

بالحديث الذي رويناه ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض سمي به لصعوده والطيب
يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع ثم لا يشترط
ان يكون عليه غبار عند ابي حنيفة لاطلاق ما تلونا وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على
الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه تراب رقيق والنية فرض في التيمم وقال
زفر ليس بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا انه ينبئ عن القصد فلا
يتحقق دونه او جعل طهورا في حالة مخصوصة والماء طهور بنفسه على ما مر ثم اذا نوى
الطهارة او استباحة الصلاة اجزاه ولا يشترط نية التيمم للحدث او للجنابة هو الصحيح
في المذهب فان تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رح هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم لدخول
المسجد او مس المصحف لانه ليس بقربة مقصودة ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا
في حالة ارادة قربة مقصودة لا تصح بدونها والاسلام قربة تصح بدونها بخلاف
سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة وان توضأ لا يريد به
الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ عندنا خلافا للشافعي بناء على اشتراط النية فان
تيمم المسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر رح يبطل تيممه لان
الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا ان الباقي صفة
كونه طاهرا فاعتراض الكفر عليه لا ينافيه كما لو اعترض على الوضوء وانما لا يصح من الكافر
ابتداء لانعدام النية منه وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء لانه خلف عنه فاخذ
حكمه وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله لان القدرة هي المراد بالوجود الذي
هو غاية لطهورية التراب وخائف السبع والعدو والعطش عاجز حكما والنائم
عند ابي حنيفة قادر تقديرا والمراد ماء يكفي للوضوء لانه لا معتبر بما دونه ابتداء
فكذا انتهاء ولا يتيمم الا بصعيد طاهر لان الطيب اريد به الطاهر ولانه آلة التطهير
فلا بد من طهارته في نفسه كالماء ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه ان يؤخر الصلاة
الى آخر الوقت فان وجد الماء والا تيمم وصلى ليقع الاداء باكمل الطهارتين وصار

كالطامع في الجماعة وعن أبي حنيفة وأبي يوسف في غير رواية الأصول أن التأخير حتم لأن غالب الرأي كالمتحقق وجه الظاهر أن العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه إلا بيقين مثله ويصلي بتيممه ما شاء من الفرائض والنوافل وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لأنه طهارة ضرورية ولنا أنه طهور في حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه ويتيمم الصحيح في المصر إذا حضرت جنازة والولي غيره يخاف إن اشتغل بالطهارة أن يفوته الصلاة لأنها لا يقضى فيتحقق العجز وكذلك من حضر العيد فخاف إن اشتغل بالطهارة أن يفوته العيد تيمم لأنها لا تعاد وقوله والولي غيره إشارة إلى أنه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو الصحيح لأن للولي حق الإعادة فلا فوات في حقه وإن أحدث الإمام أو المقتدي في صلاة العيد تيمم وبنى عند أبي حنيفة وقالا لا يتيمم لأن اللاحق يصلي بعد فراغ الإمام فلا يخاف الفوت وله أن الخوف باق لأنه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلاته والخلاف فيما إذا شرع بالوضوء فلو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لأنا لو أوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء في صلاته فيفسد ولا يتيمم للجمعة وإن خاف الفوت لو توضأ بل يتوضأ فإن أدرك الجمعة صلاها وإلا صلى الظهر أربعا لأنها يفوت إلى خلف وهو الظهر بخلاف العيد وكذا إذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي ما فاته لأن الفوات إلى خلف وهو القضاء والمسافر إذا نسي الماء في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يعيدها والخلاف فيما إذا وضعه بنفسه أو وضعه غيره بأمره وذكره في الوقت وبعده سواء له أنه واجد للماء فصار كما إذا كان في رحله ثوب فنسيه ولأن رحل المسافر معدن للماء عادة فيفترض الطلب ولهما أنه لا قدرة بدون العلم وهو المراد بالوجود وماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال ومسألة الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا إلى خلف والطهارة إلى خلف وهو التيمم وليس على المتيمم طلب الماء إذا لم يغلب على ظنه أن بقربه ماء لأن الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا للماء وإن غلب على ظنه أن هناك ماء لم يجز له أن يتيمم حتى يطلبه لأنه واجد للماء نظرا إلى الدليل ثم يطلب

يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته وإن كان مع رفيقه ماء طلبه منه قبل أن يتيمم لعدم المنع غالبا فإن منعه منه يتيمم لتحقق العجز ولو تيمم قبل الطلب أجزأه عند أبي حنيفة لأنه لا يلزمه الطلب من ملك الغير وقالا لا يجزيه لأن الماء مبذول عادة ولو أبى أن يعطيه إلا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش لأن الضرر مسقط

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائز بالسنة والأخبار فيه مستفيضة حتى قيل إن من لم يره كان مبتدعا لكن من رآه ثم لم يمسح أخذا بالعزيمة كان مأجورا ويجوز من كل حدث موجب للوضوء إذا لبسهما على طهارة كاملة ثم أحدث خصه بحدث موجب للوضوء لأنه لا مسح من الجنابة على ما نبين إن شاء الله تعالى وبحدث متأخر لأن الخف عهد مانعا لا رافعا بحدث سابق كالمستحاضة إذا لبست حالة السيلان ثم خرج الوقت والمتيمم إذا لبس ثم رأى الماء كان الخف رافعا وقوله إذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم أكمل الطهارة ثم أحدث يجزيه المسح وهذا لأن الخف مانع حلول الحدث بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا ويجوز للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلاثة أيام ولياليها لقوله عليه السلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها وابتداؤها عقيب الحدث لأن الخف مانع سراية الحدث فيعتبر المدة في وقت المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالأصابع يبتدأ من قبل الأصابع إلى الساق لحديث المغيرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم وضع يديه على خفيه ومدهما من الأصابع إلى أعلاهما مسحة واحدة وكأني أنظر إلى أثر المسح على خف رسول الله صلى الله عليه وسلم خطوطا بالأصابع ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه لأنه معدول به عن القياس فيراعى جميع ما ورد به الشرع والبداية من الأصابع استحباب اعتبارا بالأصل وهو الغسل وفرض ذلك مقدار ثلاثة أصابع من أصابع اليد وقال الكرخي من أصابع الرجل والأول أصح

اعتبارا لآلة المسح ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يبين منه قدر ثلث اصابع من
اصابع الرجل وان كان اقل من ذلك جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز وان قل لانه
لما وجب غسل البادي وجب غسل الباقي ولنا ان الخفاف لا تخلو عن الخروق القليلة
عادة فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكبير فلا حرج والكبير ان ينكشف قدر ثلث
اصابع من اصابع الرجل اصغرها هو الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع والثلث
اكثرها فقام مقام الكل واعتبار الاصغر للاحتياط ولا معتبر بدخول الانامل اذا
كان لا ينفرج عند المشي ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخروق في
خف واحد ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر بخلاف
النجاسة المتفرقة لانه حامل للكل وانكشاف العورة نظير النجاسة ولا يجوز المسح لمن
وجب عليه الغسل لحديث صفوان بن عسال رضي الله عنه قال كان رسول الله صلعم
يامرنا اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلثة ايام ولياليها الا عن جنابة ولكن
من بول او غائط او نوم ولان الجنابة لا تتكرر عادة فلا يلحقهم الحرج في النزع بخلاف
الحدث لانه يتكرر وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء لانه بعض الوضوء وينقضه
ايضا نزع الخف لسراية الحدث الى القدم حيث زال المانع وكذا نزع احدهما لتعذر الجمع
بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وكذا مضي المدة لما روينا واذا تمت المدة نزع
خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه اعادة بقية الوضوء وكذا اذا نزع قبل المدة
لان عند النزع يسري الحدث السابق الى القدمين كانه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت
بخروج القدم الى الساق لانه لا معتبر به في حق المسح وكذا باكثر القدم وهو الصحيح
ومن ابتدا المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلثة ايام ولياليها
عملا باطلاق الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه اخره بخلاف ما اذا استكمل
المدة ثم سافر لان الحدث قد سرى الى القدم والخف ليس برافع ولو اقام وهو مسافر
ان استكمل مدة الاقامة نزع لان رخصة السفر لا تبقى بدونه وان لم تستكمل اتمها
لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم ومن لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه خلافا

خلافا للشافعي فانه يقول البدل لا يكون له بدل ولنا ان النبي عليه السلام مسح
على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا فصار كخف ذي طاقين وهو بدل
عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعد ما احدث لان الحدث حل بالخف
فلا يتحول الى غيره ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح لانه لا يصلح بدلا عن
الرجل الا ان تنفذ البلة الى الخف ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة الا ان
يكونا مجلدين او منعلين وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لا يشفان لما روي ان النبي
عليه السلام مسح على جوربيه ولانه يمكن المشي فيه اذا كان ثخينا وهو ان يستمسك
على الساق من غير ان يربط بشيء فاشبه الخف وله انه ليس في معنى الخف لانه لا يمكن
مواظبة المشي فيه الا اذا كان منعلا وهو محمل الحديث وعنه انه رجع الى قولهما وعليه
الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع والقفازين لانه لا حرج في نزع
هذه الاشياء والرخصة لدفع الحرج ويجوز المسح على الجبائر وان شدها على غير وضوء
لانه عليه السلام فعل ذلك وامر عليا به ولان الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان
اولى بشرع المسح ويكتفى بالمسح على اكثره ذكره الحسن ولا يتوقت لعدم التوقيف
بالتوقيت فان سقطت الجبيرة عن غير برء لا يبطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها
كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان
كان في الصلوة استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل والله اعلم

باب الحيض والاستحاضة

اقل الحيض ثلثة ايام ولياليها وما نقص من
ذلك فهو استحاضة لقوله عليه السلام اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها
واكثره عشرة ايام وهو حجة على الشافعي في التقدير بيوم وليلة وعن ابي يوسف يومان
واكثر اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام الكل قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع واكثره عشرة
ايام والزائد استحاضة لما روينا وهو حجة على الشافعي في التقدير بخمسة عشر يوما ثم الزائد
والناقص استحاضة لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وما تراه المراة من الحمرة والصفرة
والكدرة حيض حتى ترى البياض خالصا وقال ابو يوسف لا تكون الكدرة حيضا الا بعد الدم

لانه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدرة عن الصافي ولهما ما روي ان عائشة رضي الله عنها
جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا وهذا لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس فيخرج
الكدرة اولا كالجرة اذا ثقب اسفلها واما الخضرة فالصحيح ان المرأة اذا كانت من ذوات
الاقراء يكون حيضا ويحمل على فساد الغذاء وان كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة تحمل على
فساد المنبت فلا تكون حيضا والحيض يسقط عن الحائض الصلوة ويحرم عليها الصوم
وتقضي الصوم ولا تقضي الصلوة لقول عائشة رض كانت احدانا على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم اذا طهرت من حيضها تقضي الصيام ولا تقضي الصلوات ولان في قضاء
الصلوات حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصوم ولا تدخل المسجد وكذا الجنب لقوله
عليه السلام فاني لا احل المسجد لحائض ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي في اباحة
الدخول على وجه العبور والمرور ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد ولا يأتيها
زوجها لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة
القرآن لقوله عليه السلام لا تقرأ الحائض والجنب شيئا من القرآن وهو حجة على مالك في الحائض
وهو باطلاقه يتناول ما دون الآية فيكون حجة على الطحاوي في اباحته وليس لهم مس
المصحف الا بغلافه ولا اخذ درهم فيه سورة من القرآن الا بصرته وكذا المحدث لا يمس
المصحف الا بغلافه لقوله عليه السلام لا يمس القرآن الا طاهر ثم الحدث والجنابة حلا
اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث فيفترقان في حكم القراءة
وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه
بالكم هو الصحيح لانه تابع له بخلاف كتب الشريعة حيث يرخص في مسها بالكم لان فيه
ضرورة ولا بأس بدفع المصحف الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القرآن وفي
الامر بالتطهير حرجا بهم وهذا هو الصحيح قال واذا انقطع دم الحيض لاقل من
عشرة ايام لم يحل وطؤها حتى تغتسل لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد
من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت الصلوة
بقدر ان تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطؤها لان الصلوة صارت دينا في ذمتها

ذمتها فطهرت حكما ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلث لم يقربها حتى تمضي
عادتها وان اغتسلت لان العود في العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب
وان انقطع الدم لعشرة ايام حل وطؤها قبل الغسل لان الحيض لا مزيد له على العشرة الا
انه لا يستحب للنهي في القراءة بالتشديد قال والطهر اذا تخلل بين الدمين في مدة
الحيض فهو كالدم المتوالي قال رضي الله عنه هذه احدى الروايات عن ابي حنيفة رحمه الله
ووجهه ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر اوله وآخره كالنصاب
في باب الزكوة وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه وقيل هو آخر اقواله ان
الطهر المتخلل اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لا يفصل وهو كله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد
فيكون بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول ايسر وتمامه يعرف في كتاب الحيض واقل الطهر خمسة
عشر يوما هكذا روي عن ابراهيم النخعي رحمه الله وانه لا يعرف الا توقيفا ولا غاية لاكثره لانه
يمتد الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم فاحتيج الى نصب العادة
ويعرف ذلك في كتاب الحيض ودم الاستحاضة كالرعاف الدائم لا يمنع الصوم ولا الصلوة
ولا الوطي لقوله عليه السلام توضئي وصلي وان قطر الدم على الحصير واذا عرف حكم الصلوة
ثبت حكم الصوم والوطي بنتيجة الاجماع ولو زاد الدم على عشرة ايام ولها عادة معروفة
دون العشرة ردت الى ايام عادتها والذي زاد استحاضة لقوله عليه السلام المستحاضة
تدع الصلوة ايام اقرائها ولان الزائد على العادة يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به
وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة ايام من كل شهر والباقي استحاضة لانا
عرفناه حيضا فلا يخرج عنه بالشك فصل والمستحاضة ومن به سلس البول
والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ يتوضؤن لوقت كل صلوة فيصلون بذلك الوضوء
في الوقت ما شاؤا من الفرائض والنوافل وقال الشافعي رحمه الله المستحاضة تتوضأ لكل
صلوة مكتوبة ولان اعتبار طهارتها ضرورة اداء المكتوبة فلا تبقى بعد الفراغ منها ولنا
قوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلوة وهو المراد بالاول لان اللام يستعار
للوقت يقال آتيك لصلوة الظهر اي وقتها ولان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار

لقوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لكل صلوة

الحكم عليه واذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستانفوا الوضوء لصلاة اخرى وهذا عند
اصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر استانفوا اذا دخل الوقت فان توضأوا حين تطلع
الشمس اجزأهم حتى يذهب وقت الظهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
وزفر اجزأهم حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور ينتقض بخروج الوقت
اي عنده بالحدث السابق عند ابي حنيفة ومحمد وبدخوله عند زفر وبايهما كان عند
ابي يوسف وفائدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا او قبل
طلوع الشمس لزفر ان اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة الى الاداء فلا حاجة قبل الوقت
فلا يعتبر ولابي يوسف ان الحاجة مقصورة على الوقت فلا يعتبر قبله وبعده ولهما
انه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وخروج الوقت
دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضأ
المعذور لصلاة العيد له ان يصلي الظهر به عندهما هو الصحيح لانها بمنزلة صلاة الضحى
ولو توضأ مرة للظهر في وقته واخرى فيه للعصر فعندهما ليس له ان يصلي العصر به لانتقاضه
بخروج وقت المفروضة والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة الا والحدث الذي
ابتليت به يوجد فيه وكذا كل من هو في معناها وهو ما ذكرناه ومن به استطلاق
بطن او انفلات ريح لان الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم الكل

فصل في النفاس

والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لانه ماخوذ من تنفس الرحم بالدم او من
خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم فالدم الذي تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها
قبل خروج الولد استحاضة وان كان ممتدا وقال الشافعي حيض اعتبارا بالنفاس
اذ هما جميعا من الرحم ولنا ان بالحبل ينسد فم الرحم كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه
بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما روي عن ابي حنيفة ومحمد
لانه ينفتح فيتنفس به والسقط الذي استبان بعض خلقه (كالشعر والظفر مثلا) ولد حتى تصير به نفساء
وتصير الامة ام ولد به وكذا العدة تنقضي به واقل النفاس لا حد له لان تقدم الولد
علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه بخلاف الحيض واكثره اربعون يوما

يوما وما زاد استحاضة لحديث ام سلمة رض ان النبي عليه السلام وقت للنفساء اربعين
يوما وهو حجة على الشافعي رح في اعتبار الستين وان جاوز الدم الاربعين يوما
وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة في النفاس ردت الى ايام عادتها لما بينا في
الحيض فان لم تكن لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا
فان ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها من الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف وان
كان بين الولدين اربعون يوما وقال محمد من الولد الاخير وهو قول زفر لانها حامل بعد
وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ولهذا تنقضي العدة بالولد الاخير بالاجماع
ولهما ان الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول
وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف اليهما فيتناول الجميع

باب الانجاس وتطهيرها

تطهير النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان
الذي يصلي عليه لقوله تعالى وثيابك فطهر وقوله عليه السلام حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه
بالماء واذا وجب التطهير بما ذكرنا في الثوب وجب في البدن والمكان لان الاستعمال في
حال الصلاة يشمل الكل ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مايع طاهر يمكن ازالتها به كالخل وماء الورد
ونحوه مما اذا عصر انعصر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي رح
لا يجوز الا بالماء لانه يتنجس باول الملاقات والنجس لا يفيد الطهارة الا ان هذا القياس
ترك في الماء للضرورة ولهما ان المايع قالع والطهورية بعلة القلع والازالة والنجاسة
للمجاورة فاذا انتهت اجزاء النجاسة يبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب
والبدن وهو قول ابي حنيفة واحد الروايتين عن ابي يوسف وعنه انه فرق بينهما فلم
يجوز في البدن بغير الماء واذا اصابت الخف نجاسة لها جرم كالروث والعذرة والدم
والمني فجفت فدلكه بالارض جاز وهذا استحسان وقال محمد لا يجوز وهو القياس الا
في المني خاصة لان المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف والدلك بخلاف المني على ما نذكره ان شاء
الله تعالى ولهما قوله عليه السلام فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما
طهور ولان الجلد لصلابته لا تتداخله اجزاء النجاسة الا قليلا ثم يجتذبه الجرم اذا جف

فاذا زال ما قام به في الرطب لا يجوز حتى يغسله لان المسح بالارض يكثره ولا
يطهره وعن ابي يوسف انه اذا مسحه بالارض حتى لم يبق اثر النجاسة يطهر لعموم البلوى
واطلاق ما يروى وعليه مشايخنا رحمهم الله وان اصابه بول فيبس لم يجزه حتى يغسله
وكذلك كل ما لا جرم له كالخمر لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقيل ما يتصل
به من خرء او رمل جرم له والثوب لا يجزي فيه الا الغسل وان يبس لان الثوب لتخلخله
يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل والمني نجس يجب غسله رطبا
فاذا جف على الثوب اجزأه فيه الفرك لقوله عليه السلام لعائشة رضي فاغسليه ان
كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وقال الشافعي المني طاهر والحجة عليه ما رويناه
وقال عليه السلام انما يغسل الثوب من خمس وذكر منها المني ولو اصاب البدن قال
مشايخنا انه يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد وعن ابي حنيفة انه لا يطهر لان حرارة البدن
جاذبة فلا يعود الى الجرم والبدن لا يمكن فركه والنجاسة اذا اصابت المرآة والسيف
اكتفي بمسحهما لانه لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح واذا اصابت الارض
نجاسة فجفت بالشمس وذهب اثرها جازت الصلوة على مكانها وقال زفر والشافعي
لا يجوز لانه لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم به ولنا قوله عليه السلام زكاة الارض
يبسها وانما لا يجوز التيمم لان طهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب فلا يتأدى بما
يثبت بالحديث وقدر الدرهم وما دونه من النجاسة المغلظة كالدم والخمر وبول الحمار
وخرء الدجاج جازت الصلوة معه وان زاد لم تجز وقال زفر والشافعي قليل النجاسة
وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل لا يمكن التحرز عنه
فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم اخذا من موضع الاستنجاء ثم يروى اعتبار الدرهم
من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح ويروى اعتبار الدرهم من حيث الوزن
وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى
في الرقيق والثانية في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها ثبتت
بدليل مقطوع به وان كان مخففا كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلوة معه ما لم يبلغ ربع

ربع الثوب يروى ذلك عن ابي حنيفة لان التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق
بالكل في حق بعض الاحكام وعنه ربع ادنى ثوب يجوز فيه الصلوة كالمئزر وقيل
ربع الموضع الذي اصابه كالذيل والكم والدخريص وعن ابي يوسف انه شبر في شبر
وانما كان مخففا عند ابي حنيفة وابي يوسف لمكان الاختلاف في نجاسته او لتعارض
النصين على اختلاف الاصلين واذا اصاب الثوب من الروث او من اخثاء البقر اكثر من
قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيه عند ابي حنيفة رحمه الله لان النص الوارد في نجاسته وهو
ما روي ان النبي عليه السلام انه رمى بالروثة وقال هذا رجس او ركس لم يعارضه غيره
وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض وقالا يجزيه حتى يفحش لان
للاجتهاد فيه مساغا وبهذا يثبت التخفيف عندهما ولان فيه ضرورة وبلوى لامتلاء
الطرق بها وهي مؤثرة في التخفيف بخلاف بول الحمار لان الارض تنشفه قلنا الضرورة
في النعال وقد اثرت في التخفيف مرة حتى يطهر بالمسح فتكفي مؤنتها ولا فرق بين مأكول
اللحم وغير مأكول اللحم وزفر فرق بينهما رحمه الله فوافق ابا حنيفة في غير مأكول اللحم ووافقهما
في المأكول وعن محمد رحمه الله انه لما دخل الري ورأى البلوى افتى بان الكثير الفاحش
لا يمنع ايضا وقاسوا عليه طين بخارا وعند ذلك رجوعه في الخف يروى وان
اصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وعند محمد رحمه الله لا يمنع وان فحش لان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده ومخفف نجاسته
عند ابي يوسف ولحمه مأكول عندهما واما عند ابي حنيفة رحمه الله فالتخفيف لتعارض
الآثار وان اصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمة الله عليهما وقال محمد رحمه الله لا تجوز فقد قيل ان الاختلاف
في النجاسة وقد قيل في المقدار وهو الاصح هو يقول التخفيف للضرورة ولا ضرورة لعدم
المخالطة فلا يخفف ولهما انها تذرق من الهواء والتحامي عنه متعذر فتحققت الضرورة
ولو وقع في الاناء قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه وان اصابه
من دم السمك او من لعاب البغل او الحمار اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه اما دم السمك

فلانه ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن ابي يوسف انه معتبر فيه الكثير الفاحش فاعتبره
نجسا واما لعاب البغل والحمار فلانه مشكوك فيه فلا يتنجس به الطاهر وان انتضح عليه
البول مثل رؤس الابر فذلك ليس بشيء لانه لا يستطاع الامتناع عنه **قال** رضي الله عنه
والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئيا فطهارتها زوال عينها لان النجاسة
حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها الا ان يبقى من اثرها ما يشق ازالته لان الحرج مدفوع
وهذا يشير الى انه لا يشترط الغسل بعد زوال العين وان زال بالغسل مرة واحدة
وفيه كلام وما ليس بمرئي فطهارته ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر
لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن كما في امر القبلة وانما
قدروا بالثلاث لان غالب الظن يحصل عنده فاقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأيد
ذلك بحديث المستيقظ من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لانه هو
المستخرج **فصل في الاستنجاء** الاستنجاء سنة لان النبي عليه السلام واظب عليه
ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه لان المقصود هو الانقاء فيعتبر ما هو
المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي رحمه الله لا بد من الثلث لقوله عليه السلام
فليستنج بثلثة احجار ولنا قوله عليه السلام من استجمر فليوتر ومن فعل فحسن ومن
لا فلا حرج والايتار يقع على الواحد وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلاثة
احرف جاز بالاجماع وغسله بالماء افضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا نزلت
في اقوام يتبعون الحجارة الماء ثم هو ادب وقيل هو سنة في زماننا ويستعمل الماء
الى ان يقع في غالب ظنه انه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا اذا كان موسوسا فيقدر
بالثلاث في حقه وقيل بالسبع ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز فيه الا الماء وفي بعض
النسخ الا المائع وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء على ما بينا
وهذا لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه ثم يعتبر
المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لسقوط
اعتبار ذلك الموضع وعند محمد رحمه الله مع موضع الاستنجاء اعتبارا بسائر المواضع

المواضع ولا يستنجي بعظم ولا بروث لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولو فعل ذلك يجزيه
لحصول المقصود ومعنى النهي في الروث النجاسة وفي العظم لكونه زاد الجن ولا يستنجي
بطعام لانه اضاعة واسراف ولا بيمينه لانه نهى عن الاستنجاء باليمين **كتاب**
الصلوة باب المواقيت اول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثاني وهو البياض المعترض
في الافق وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث امامة جبريل عليه السلام فانه ام رسول
الله عليه السلام فيها في اليوم الاول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين اسفر جدا وكادت
الشمس تطلع ثم قال في آخر الحديث ما بين هذين الوقتين وقت لك ولامتك ولا
معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله عليه السلام
لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل وانما الفجر المستطير في الافق اي المنتشر فيه واول
وقت الظهر اذا زالت الشمس لامامة جبريل عم في اليوم الاول حين زالت الشمس وآخر
وقتها عند ابي حنيفة اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى في الزوال وقالا اذا صار ظل
كل شيء مثله وهو رواية عن ابي حنيفة وفيء الزوال هو الفيء الذي يكون للاشياء وقت الزوال
لهما امامة جبريل عم في صلوة العصر في اليوم الاول في هذا الوقت وله قوله عليه السلام
ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم واشد الحر في ديارهم كان في هذا الوقت واذا
تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت بالشك واول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين
وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله عليه السلام من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس
فقد ادركها واول وقت المغرب اذا غربت الشمس وآخر وقتها ما لم يغيب الشفق
وقال الشافعي مقدار ما يصلي فيها ثلاث ركعات لان جبريل عم ام في يومين في وقت
واحد ولنا قوله عليه السلام اول وقت المغرب حين تغرب الشمس وآخره حين يغيب
الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو البياض الذي في الافق بعد الحمرة
عند ابي حنيفة وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام
الشفق هو الحمرة وله قوله عليه السلام وآخر وقت المغرب اذا اسود الافق وما رواه موقوف
على ابن عمر رضي الله عنهما ذكره مالك في الموطا وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم واول

قال المص اول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثاني **اقول** اوله
وقت صلوة الفجر **و**قوله اذا فقوله اذا طلع الفجر الثاني
شعرا سما لا لاظ فاسعد

ووقت العشاء اذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلام وآخر وقت
العشاء حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي في تقديره بذهاب ثلث الليل اول وقت
الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلام في الوتر فصلوها ما بين العشاء
الى طلوع الفجر قال رضي الله عنه هذا عندهما وعند ابي حنيفة وقته وقت العشاء ولا
يقدم عليه عند التذكر للترتيب **فصل** ويستحب الاسفار بالفجر لقوله عليه السلام
اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعي يستحب التعجيل في كل صلوة والحجة عليه
ما رويناه وما نرويه والابراد بالظهر في الصيف وتقديمها في الشتاء لما روينا ولرواية
انس رضي الله عنه كان رسول الله عليه السلام اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في الصيف
ابرد بها وتاخير العصر ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها
بعده والمعتبر تغير القرص وهو ان تصير بحال لا تحار فيه الاعين هو الصحيح والتاخير اليه
مكروه ويستحب تعجيل المغرب لان تاخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال
عليه السلام لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء وتاخير العشاء الى ما قبل ثلث
الليل لقوله عليه السلام لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل ولان فيه
قطع السمر المنهي عنه بعده وقيل في الصيف تعجل كيلا تتقلل الجماعة والتاخير الى نصف الليل
مباح لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة
فتثبت الاباحة والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله
قال ويستحب في الوتر لمن يألف صلوة الليل ان يؤخره الى آخر الليل فان لم يثق بالانتباه
اوتر قبل النوم لقوله عليه السلام من خاف ان لا يقوم آخر الليل فليوتر اوله ومن طمع ان
يقوم آخر الليل فليوتر آخره واذا كان يوم غيم فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب تاخيرها
وفي العصر والعشاء تعجيلها لان في تاخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر وفي تاخير
العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم في الفجر لان تلك المدة مديدة وعن ابي حنيفة
التاخير في الكل للاحتياط الا ترى انه يجوز الاداء بعد الوقت لا قبله **فصل في الاوقات
التي يكره فيها الصلوة** لا تجوز الصلوة عند طلوع الشمس ولا عند غروبها ولا عند

عند قيامها في الظهيرة لحديث عقبة رضي الله عنه قال ثلثة اوقات نهانا رسول الله عليه السلام
ولا عند غروبها
ان نصلي فيها وان نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول
وحين تتضيف للغروب حتى تغرب والمراد بقوله عليه السلام وان نقبر صلوة الجنازة
لان الدفن غير مكروه والحديث باطلاقه حجة على الشافعي في تخصيص الفرائض وبمكة
وحجة على ابي يوسف في اباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال **قال** ولا صلوة جنازة
لما روينا ولا سجدة تلاوة لانها في معنى الصلوة الا عصر يومه عند الغروب لان السبب
هو الجزء القائم من الوقت لانه لو تعلق بالكل لوجب الاداء بعده ولو تعلق بالجزء الماضي
فالمؤدى في آخر الوقت قاض فاذا كان كذلك فقد اداها كما وجبت ناقصة بخلاف غيرها
من الصلوات لانها وجبت كاملة فلا يتأدى بالناقص **قال** رضي الله عنه والمراد بالنفي
المذكور في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة حتى لو صلاها فيه او تلا فيه سجدة
وسجدها جاز لانها اديت ناقصة كما وجبت اذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة ويكره
ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس لما روي عن النبي عم
انه نهى عن ذلك ولا بأس بان يصلي في هذين الوقتين الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي
على الجنازة لان الكراهة كانت لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فلم تظهر
في حق الفرائض وفيما وجب لعينه كسجدة التلاوة وظهرت في حق المنذور لانه تعلق وجوبه
بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده لان الوجوب لغيره وهو
ختم الطواف وصيانة المؤدى عن البطلان ويكره ان يتنفل بعد طلوع الفجر باكثر من ركعتي
الفجر لانه عليه السلام لم يزد عليهما مع حرصه على الصلوة ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض
لما فيه من تاخير المغرب ولا اذا خرج الامام للخطبة يوم الجمعة الى ان يفرغ لما فيه من الاشتغال
عن استماع الخطبة **باب الاذان** الاذان سنة للصلوات الخمس والجمعة للنقل
المتواتر وصفة الاذان معروفة وهو كما اذن الملك النازل من السماء ولا ترجيع فيه وهو
ان يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد ما خفض بهما وقال الشافعي فيه ذلك لحديث ابي
محذورة ان النبي عليه السلام امره بالترجيع ولنا انه لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه تعليما

فظنه ترجيعا ويزيد في اذان الفجر بعد الفلاح الصلوة خير من النوم مرتين لان بلالا رضه
قال الصلوة خير من النوم حين وجد النبي راقدا فقال النبي عليه السلام ما احسن هذا اجعله
في اذانك وخص الفجر به لانه وقت نوم وغفلة والاقامة مثل الاذان الا انه يزيد فيها بعد
الفلاح قد قامت الصلوة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور ثم هو
حجة على الشافعي في قوله انها فرادى فرادى الا قوله قد قامت الصلوة ويترسل في الاذان ويحدر في الاقامة
لقوله عليه السلام اذا اذنت فترسل واذا اقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب ويستقبل
بهما القبلة لان الملك النازل من السماء اذن مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول
المقصود ويكره لمخالفته السنة ويحول وجهه للصلوة والفلاح يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم
فيواجههم وان استدار في صومعته فحسن مراده اذا لم يستطع تحويل الوجه يمينا وشمالا
مع ثبات قدميه في مكانهما بل كانت الصومعة متسعة كما هو سنة فاما من غير حاجة فلا
والافضل للمؤذن ان يجعل اصبعيه في اذنيه بذلك امر النبي عليه السلام بلالا رضي الله عنه
ولانه ابلغ في الاعلام وان لم يفعل فحسن لانها ليست بسنة اصلية والتثويب في الفجر
حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة حسن وكره في سائر الصلوات
ومعناه العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو على حسب ما تعارفوه وهذا تثويب احدثه
علماء الكوفة بعد عهد الصحابة رضي الله عنهم لتغير احوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا والمتاخرون
استحسنوه في الصلوات كلها لظهور التواني في الامور الدينية وقال ابو يوسف رحمه الله
لا ارى باسا ان يقول المؤذن للامير في الصلوات كلها السلام عليك ايها الامير ورحمة الله
وبركاته حي على الصلوة حي على الفلاح الصلوة يرحمك الله واستبعده محمد رحمه الله لان
الناس سواسية في امر الجماعة وابو يوسف خص بذلك لزيادة اشتغالهم بامور المسلمين
كيلا تفوتهم الجماعة وعلى هذا القاضي والمفتي ويجلس بين الاذان والاقامة الا في
المغرب عند ابي حنيفة وقالا يجلس في المغرب ايضا جلسة خفيفة لانه لا بد من الفصل
اذ الوصل مكروه ولا يقع بالسكتة لوجودها بين كلمات الاذان فيفصل بالجلسة كما
بين الخطبتين ولابي حنيفة رحمه الله ان التاخير مكروه فيكتفي بادنى الفصل احترازا عنه

عنه والمكان في مسئلتنا مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة
وقال الشافعي يفصل بركعتين اعتبارا بسائر الصلوات والفرق قد ذكرنا قال يعقوب
رأيت ابا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يفيد ما قلنا وان المستحب
كون المؤذن عالما بالسنة لقوله عليه السلام ويؤذن لكم خياركم ويؤذن للفائتة
ويقيم لان النبي عليه السلام قضى الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة وهو حجة على
الشافعي في اكتفائه بالاقامة فان فاتته صلوات اذن للاولى واقام لما روينا وكان
مخيرا في الباقي ان شاء اذن واقام ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء
اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار وهم حضور قال رضي الله عنه وعن محمد
انه يقام على الاقامة لما بعدها قالوا يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا وينبغي ان يؤذن
ويقيم على طهر فان اذن على غير وضوء جاز لانه ذكر وليس بصلوة فكان الوضوء فيه
استحبابا كما في القراءة ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلوة
ويروى انه لا يكره الاقامة ايضا لانه احد الاذانين ويروى انه يكره الاذان ايضا لانه يصير
داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان يؤذن وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق على
احدى الروايتين ان للاذان شبها بالصلوة فتشترط الطهارة عن اغلظ الحدثين
دون اخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير اذا اذن على غير وضوء واقام لا يعيد
والجنب احب الي ان يعيد وان لم يعد اجزأه اما الاول فلخفة الحدث واما الثاني ففي
الاعادة بسبب الجنابة روايتان والاشبه ان يعاد الاذان ولا يعاد الاقامة لان
تكرار الاذان مشروع دون الاقامة وقوله وان لم يعد اجزأه يعني الصلوة لانها جائزة
بدون الاذان والاقامة وكذا المرأة تؤذن معناه يستحب ان يعاد ليقع على وجه السنة
ولا يؤذن لصلوة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لان الاذان للاعلام وقبل
الوقت تجهيل وقال ابو يوسف وهو قول الشافعي يجوز للفجر في النصف الاخير من الليل
لتوارث اهل الحرمين والحجة على الكل قوله عليه السلام لبلال رضه لا تؤذن حتى يستبين
لك الفجر هكذا ومد يديه عرضا والمسافر يؤذن ويقيم لقوله عليه السلام لابني مليكة

رضي الله عنهما اذا سافرتما فاذّنا واقيما فان تركهما جميعا يكره ولو اكتفى بالاقامة جاز
لان الاذان لاستحضار الغائبين والرفقة حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح وهم
اليه محتاجون ومن صلّى في بيته في مصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة
وان تركهما جاز لقول ابن مسعود رضي الله عنه اذان الحي يكفينا **باب**
شروط الصلوة التي تتقدمها يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس
على ما قدمناه لقوله تع وثيابك فطهر وقال الله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ويستر عورته
لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم عند كل صلوة وقال عليه السلام
لا صلوة لحائض الا بخمار اي لبالغة وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة لقوله عليه السلام
عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا تبين ان السرة
ليست من العورة خلافا لما يقوله الشافعي والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها
على كلمة مع عملا بكلمة حتى او عملا بقوله عليه السلام الركبة من العورة وبدن المرأة الحرة كلها
عورة الا وجهها وكفيها لقوله عليه السلام المرأة عورة مستورة واستثناء العضوين للابتلاء
بابدائهما **قال** وهذا تنصيص على ان القدم عورة ويروى انها ليست بعورة وهو
الاصح فان صلت وثلث ساقها او ربعها مكشوف تعيد الصلوة عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف لا تعيد ان كان اقل من النصف لان
الشيء انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل منه اذ هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه
روايتان فاعتبر الخروج عن حد القلة في الرواية المانعة لانه ليس بقليل او عدم الدخول في ضده
ولهما ان الربع يحكي حكاية الكمال كما في مسح الرأس والحلق في الاحرام ومن رأى وجه غيره
يخبر عن رؤيته وان لم ير الا احد جوانبه الاربعة والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا
الاختلاف لان كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل من الرأس هو الصحيح وانما
وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الخلاف والذكر يعتبر بانفراده
وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة وبطنها
وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها فليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه الق عنك الخمار

الخمار يا دفار اتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر
حالها بذوات المحارم في حق جميع الرجال دفعا للحرج **قال** ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة
صلى معها ولم يعد وهذا على وجهين ان كان ربع الثوب او اكثر منه طاهرا يصلي فيه ولو
صلى عريانا لا يجزيه لان ربع الشيء يقوم مقام كله وان كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند
محمد وهو احد قولي الشافعي لان في الصلوة فيه ترك فرض واحد وفي الصلوة عاريا ترك الفروض
وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يتخير بين ان يصلي عاريا وبين ان يصلي فيه وهو الافضل
لان كل واحد منهما مانع جواز الصلوة حالة الاختيار ويستويان في حق المقدار فيستويان
في حكم الصلوة وترك الشيء الى خلف لا يكون تركا والافضلية لعدم اختصاص الستر بالصلوة
واختصاص الطهارة بها ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي بالركوع والسجود هكذا فعله
اصحاب رسول الله عليه السلام فان صلى قائما اجزاه لان في القعود ستر العورة الغليظة وفي
القيام اداء هذه الاركان فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول افضل لان الستر وجب لحق الصلوة
وحق الناس ولانه لا خلف له والايماء خلف عن الاركان **قال** وينوي الصلوة التي يدخل فيها
بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل والاصل فيه قوله عليه السلام الاعمال بالنيات ولان ابتداء
الصلوة بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التمييز الا بالنية والمتقدم على التكبير
كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلوة ولا معتبر بالمتأخرة منها عنه لان
ما مضى لا يقع عبادة لعدم النية وفي الصوم جوزت للضرورة والنية هي الارادة والشرط ان يعلم
بقلبه اي صلوة يصلي اما الذكر باللسان فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كانت
الصلوة نفلا يكفيه مطلق النية وكذا ان كانت سنة في الصحيح وان كانت فرضا فلا بد من
تعيين الفرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض وان كان مقتديا بغيره ينوي الصلوة ومتابعته
لانه يلزمه فساد الصلوة من جهته فلا بد من التزامه **قال** ويستقبل القبلة في الصلوة
لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره ثم ان كان بمكة ففرضه اصابة عينها ومن كان غائبا
ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع ومن كان خائفا يصلي الى
اي جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه وان اشتبهت عليه القبلة وليس

بحضرته من يسأله عنها اجتهد وصلى لان الصحابة رضي الله عنهم تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم
رسول الله عليه السلام ولان العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه والاستخبار
فوق التحري فان علم انه اخطأ بعد ما صلى لا يعيدها وقال الشافعي يعيدها اذا استدبر
لتيقنه بالخطأ ونحن نقول ليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري والتكليف مقيد
بالوسع وان علم ذلك وهو في الصلوة استدار الى القبلة لان اهل قباء لما سمعوا بتحول
القبلة استداروا كهيئتهم واستحسنه النبي عليه السلام وكذا اذا تحول رأيه الى جهة اخرى
توجه اليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدى قبله ومن ام قوما
في ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى الى المشرق وتحرى من خلفه فكل واحد منهم الى جهة
وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع الامام اجزأهم لوجود التوجه الى جهة التحري وهذه
المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال الامام تفسد صلوته لانه
اعتقد ان امامه على الخطأ وكذا لو كان متقدما عليه لتركه فرض المقام **باب**
صفة الصلوة فرايض الصلوة ستة التحريمة لقوله تعالى وربك فكبر والمراد به تكبيرة الافتتاح
والقيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين والقراءة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والركوع
والسجود لقوله تعالى واركعوا واسجدوا والقعدة في آخر الصلوة مقدار التشهد لقوله عليه السلام
لابن مسعود رضي الله عنه حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك
علق التمام بالفعل قرأ او لم يقرأ **قال** وما سوى ذلك فهو سنة اطلق اسم السنة
وفيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة اليها ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من
الافعال والقعدة الاولى وقراءة التشهد في القعدة الاخيرة والقنوت في الوتر وتكبيرات
العيدين والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة فيما يخافت فيه ولهذا يجب سجدتا السهو بتركها
هذا هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب لما انه ثبت وجوبها بالسنة قال واذا شرع في الصلوة
كبر لما تلونا وقال عليه السلام تحريمها التكبير وتحليلها التسليم وهو شرط عندنا خلافا للشافعي
حتى ان من تحرم للفرض كان له ان يؤدي بها التطوع عنده وهو يقول يشترط لها ما يشترط لسائر
الاركان وهذا آية الركنية ولنا انه عطف الصلوة عليه في النص لقوله تعالى وذكر اسم ربه

ربه فصلى ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر كتكرار الاركان ومراعاة الشرائط لما يتصل
به من القيام قال ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة لان النبي عليه السلام واظب عليه
وهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة وهو المروي عن ابي يوسف والمحكي عن الطحاوي
والاصح انه يرفع اولا ثم يكبر لان فعله نفي الكبرياء عن غير الله تعالى والنفي مقدم على
الاثبات ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمة اذنيه وعند الشافعي يرفع الى منكبيه
وعلى هذا تكبيرة القنوت والاعياد والجنازة له حديث ابي حميد الساعدي قال كان
النبي عليه السلام اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وائل بن حجر والبراء وانس رضي الله عنهم
ان النبي عليه السلام كان اذا كبر رفع يديه حذاء اذنيه ولان رفع اليد لاعلام الاصم
وهو بما قلناه وما رواه يحمل على حالة العذر والمرأة ترفع يديها حذاء منكبيها هو
الصحيح لانه استر لها فان قال بدل التكبير الله اجل او اعظم او الرحمن اكبر او لا اله
الا الله او غيره من اسماء الله تعالى اجزأه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
ان كان يحسن التكبير لا يجزئه الا قوله الله اكبر او الله الاكبر او الله كبير او الله الكبير وقال
الشافعي لا يجوز الا بالاوليين وقال مالك لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول والاصل
فيه التوقيف والشافعي يقول ادخال الالف واللام ابلغ في الثناء فقام مقامه وابو
يوسف يقول ان افعل وفعيلا في صفات الله تعالى سواء بخلاف ما اذا كان لا يحسن
لانه لا يقدر الا على المعنى ولهما ان التكبير هو التعظيم لغة وهو حاصل فان افتتح الصلوة
بالفارسية او قرأ فيها بالفارسية او ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية اجزأه
عند ابي حنيفة وقالا لا يجزئه الا في الذبيحة خاصة وان لم يحسن العربية اجزأه اما
الكلام في الافتتاح فمحمد مع ابي حنيفة في العربية ومع ابي يوسف في الفارسية لان
لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في القراءة فوجه قولهما ان القرآن اسم
لمنظوم عربي كما نطق به النص الا عند العجز يكتفى بالمعنى كالايماء بخلاف التسمية لان
الذكر يحصل بكل لسان ولابي حنيفة قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها
بهذه اللغة ولهذا يجوز عند العجز الا انه يصير مسيئا لمخالفة السنة المتواترة ويجوز

باي لسان كان سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات
والخلاف في الاعتداد ولا خلاف في انه لا فساد ويروى رجوعه في اصل المسئلة
الى قولهما وعليه الاعتماد والخطبة والتشهد على هذا الاختلاف وفي الاذان يعتبر
التعارف وان افتتح الصلوة باللهم اغفر لي لم يجزه لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما
خالصا ولو قال اللهم فقد قيل يجزيه لان معناه يا الله وقد قيل لا يجزيه لان معناه
يا الله امنا بخير فكان سؤالا قال ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى تحت السرة لقوله
عليه السلام ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك في الارسال
وعلى الشافعي في الوضع على الصدر ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم وهو
المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله حتى لا يرسل حالة
الثناء والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد
في حالة القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في القومة وبين تكبيرات الاعياد ثم يقول
سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره وعن ابي يوسف رح انه يضم اليه قوله وجهت وجهي الى آخره
لرواية علي رض ان النبي عليه السلام كان يقول ذلك ولهما رواية انس رض ان النبي عليه السلام
كان اذا افتتح الصلوة كبر وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره ولم يزد على هذا وما
رواه محمول على التهجد وقوله جل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به في الفرايض
والاولى ان لا يأتي بالتوجه قبل التكبير ليتصل النية به هو الصحيح قال ويستعيذ
بالله من الشيطان الرجيم لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان
الرجيم معناه اذا اردت قراءة القرآن والاولى ان يقول استعيذ بالله ليوافق القرآن
ويقرب منه اعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند ابي حنيفة ومحمد رح
لما تلونا حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد قال
ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود رضي الله عنه
اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعي يجهر بالتسمية
عند الجهر بالقراءة لما روي انه عليه السلام جهر في صلوته بالتسمية قلنا هو محمول على

على التعليم لان انسا رضي الله عنه اخبر انه عليه السلام كان لا يجهر بها ثم عن ابي حنيفة رح
انه لا يأتي بها في اول كل ركعة كالتعوذ وعنه انه يأتي بها احتياطا وهو قولهما ولا
يأتي بها بين الفاتحة والسورة الا عند محمد رحمه الله فانه يأتي بها في صلوة المخافتة
ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة معها او ثلث آيات من اي سورة شاء فقراءة الفاتحة
لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعي رحمه الله في الفاتحة ولمالك
رحمه الله فيهما له قوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها وللشافعي رح
قوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب بالتسمية ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن
والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز لكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما واذا قال الامام ولا
الضالين قال آمين ويقولها المؤتم لقوله عليه السلام اذا امن الامام فامنوا ولا متمسك
لمالك رحمه الله في قوله اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا آمين من حيث القسمة لانه
قال في آخره فان الامام يقولها قال ويخفونها لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه
ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء والمد والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطاء
فاحش ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط لان النبي عليه السلام كان
يكبر عند كل خفض ورفع ويحذف التكبير حذفا لان المد في اوله خطاء من حيث الدين
لكونه استفهاما وفي آخره لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين اصابعه
لقوله عليه السلام لانس رض اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين اصابعك
ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحالة ليكون امكن من الاخذ ولا الى الضم الا في السجود
وفيما عدا ذلك يترك على العادة ويبسط ظهره لان النبي عليه السلام كان اذا ركع بسط
ظهره ولا يرفع راسه ولا ينكسه لان النبي عليه السلام كان اذا ركع لا يصوب راسه ولا
يقنعه ويقول سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه لقوله عليه السلام اذا ركع احدكم
فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ثم يرفع راسه
ويقول سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام عند ابي حنيفة
وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة رض ان النبي عم كان يجمع بين الذكرين ولانه

حرض غيره فلا ينسى نفسه ولنا قوله عليه السلام اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا
ربنا لك الحمد هذه قسمة وانها تنافي الشركة ولهذا لا يأتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافا
للشافعي رح ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الامامة والذي
رواه محمول على حالة الانفراد وعندهما يجمع بينهما في الاصح والامام كان يرويها لاكتفاء
بالتسميع ويروى بالتحميد والامام بالدلالة عليه اذ به معنى ثم اذا استوى قائما كبر وسجد
اما التكبير والسجود فلما بينا واما الاستواء قائما فليس بفرض وكذا الجلسة بين السجدتين
والطمانينة في الركوع والسجود وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف يفترض
ذلك وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام قم فصل فانك لم تصل قاله لاعرابي حين
اخف الصلوة ولهما ان الركوع هو الانحناء والسجود الانخفاض لغة فيتعلق الركنية
بالادنى فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود وفي آخر ما روى تسميته اياه صلوة
حيث قال وما انتقصت من هذا شيئا فقد انتقصت من صلوتك ثم القومة والجلسة سنة
عندهما وكذا الطمانينة في تخريج الجرجاني وفي تخريج الكرخي واجبة حتى تجب سجدتا السهو
بتركها ساهيا عنده ويعتمد بيديه على الارض لان وائل بن حجر رض وصف صلوة رسول الله
صلعم فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجيزته ووضع وجهه بين كفيه حذاء اذنيه لما روى ويديه
انه عليه السلام فعل كذلك وسجد على انفه وجبهته لان النبي عليه السلام واظب عليه فان اقتصر
على احدهما جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الاقتصار على الانف الا من عذر وهو رواية
عنه لقوله عليه السلام امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها الجبهة ولابي حنيفة ان
السجود يتحقق بوضع بعض الوجه وهو مامور به الا ان الخد والذقن خارج والمذكور فيما
روى الوجه في المشهور ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود بدونهما واما
وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فريضة في السجود فان سجد على كور عمامته او فاضل
ثوبه جاز لان النبي عليه السلام كان يسجد على عمامته ويروى انه عليه السلام صلى في
ثوب واحد يتقي بفضوله حر الارض وبردها ويبدي ضبعيه لقوله عليه السلام وابد ويجافي
ضبعيك ويروى وابد من الابداد وهو من المد والاول من الابداء وهو الاظهار ويجافي

ويجافي بطنه عن فخذيه لان النبي عليه السلام كان اذا سجد جافى حتى ان بهمة لو ارادت
ان تمر بين يديه لمرت وقيل اذا كان في الصف لا يجافي كيلا يؤذي جاره ويوجه
اصابع رجليه نحو القبلة لقوله عليه السلام اذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه
اعضاءه القبلة ما استطاع ويقول في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه
لقوله عليه السلام واذا سجد احدكم فليقل في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه
اي ادنى كمال الجمع ويستحب ان يزيد على الثلث في الركوع والسجود بعد ان يختم بالوتر
لانه عليه السلام كان يختم بالوتر وان كان اماما لا يزيد على وجه يمل القوم كيلا يؤدي
الى التنفير ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة لان النص يتناولهما دون تسبيحاتهما
فلا يزاد على النص والمرأة تنخفض في سجودها وتلصق بطنها بفخذيها لان ذلك استر
لها ثم يرفع راسه ويكبر لما روينا فاذا اطمأن جالسا كبر وسجد لقوله عليه السلام في
حديث الاعرابي ثم ارفع راسك حتى تستوي جالسا ولو لم يستو جالسا وسجد
اخرى اجزاه عند ابي حنيفة ومحمد رح وقد ذكرناه وقد تكلموا في مقدار الرفع والاصح
انه اذا كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى الجلوس اقرب جاز
لانه يعد جالسا فيتحقق الثانية فاذا اطمأن ساجدا كبر وقد ذكرناه واستوى
قائما على صدور قدميه ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي يجلس
جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض لما روي انه عليه السلام فعل ذلك ولنا حديث
ابي هريرة رض ان النبي عليه السلام كان ينهض في الصلوة على صدور قدميه وما رواه
محمول على حالة الكبر ولان هذه قعدة استراحة والصلوة ما وضعت لها ويفعل في الثانية
ما فعل في الركعة الاولى لانه تكرار الاركان الا انه لا يستفتح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا
الا مرة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى خلافا للشافعي في الركوع والسجود لقوله
عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت
وتكبيرات العيدين وذكر الاربع في الحج والذي يروى من الرفع محمول على الابتداء كذا
نقل عن ابن الزبير رض واذا رفع راسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش رجله

اليسرى فجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجه اصابعها نحو القبلة هكذا وصفت عائشة
رض قعود رسول الله عليه السلام في الصلوة ووضع يديه على فخذيه وبسط اصابعه
ويتشهد يروى ذلك في حديث وائل رض ولان فيه توجيه اصابع يديه القبلة فاذا كانت
امرأة جلست على اليتها اليسرى واخرجت رجليها من الجانب الايمن لانه استر لها والتشهد
التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته الى آخره
وهذا تشهد عبد الله بن مسعود رض فانه قال اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي
وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال قل التحيات لله الى آخره والاخذ بهذا
اولى من الاخذ بتشهد ابن عباس رض وهو قوله التحيات المباركات الصلوات الطيبات
لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين
الى آخره لان فيه الامر واقله الاستحباب والالف واللام وهما للاستغراق وزيادة الواو
وهي لتجديد الكلام كما في القسم وتاكيد التعليم ولا يزيد على هذا في القعدة الاولى لقول
ابن مسعود رض علمني رسول الله التشهد في وسط الصلوة وآخرها فاذا كان في وسط
الصلوة نهض اذا فرغ من التشهد واذا آخر الصلوة دعا لنفسه بما شاء ويقرأ في الركعتين
الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها لحديث ابي قتادة رض ان النبي عم قرأ في الاخريين بفاتحة
الكتاب وهذا بيان الافضل هو الصحيح ولان القراءة فرض في ركعتين على ما ياتيك بيانه
من بعد ان شاء الله ويجلس في الاخيرة كما جلس في الاولى لما روينا من حديث وائل وعائشة
رضي الله عنهما ولانها اشق على البدن من التورك الذي يميل اليه مالك رحمه الله والذي يروى
انه عليه السلام قعد متوركا ضعفه الطحاوي او يحمل على حالة الكبر ويتشهد وهو واجب
عندنا ويصلي على النبي عليه السلام وهو ليس بفرض عندنا خلافا للشافعي فيهما لقوله عم
اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ان شئت ان تقوم فقم وان شئت ان
تقعد فاقعد ثم الصلوة على النبي عليه السلام خارج الصلوة واجبة اما مرة كما قاله الكرخي
رحمه الله او كلما ذكر النبي عليه السلام كما اختاره الطحاوي رحمه الله فكفينا مؤنة الامر والفرض
المروي في التشهد هو التقدير ودعا بما شاء مما يشبه الفاظ القرآن والادعية المأثورة لما

لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وقال له عليه السلام ثم اختر من الدعاء اعجبه
واطيبه اليك ويبدأ بالصلوة على النبي عليه السلام ليكون اقرب الى الاجابة ولا يدعو بما
يشبه كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا ياتي بالماثور المحفوظ وما لا يستحيل سؤاله
من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة لانه يشبه كلامهم وما يستحيل سؤاله من العباد كقوله
اللهم اغفر لي لانه ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني من قبيل الاول هو الصحيح لاستعماله
فيما بين العباد يقال رزق الامير الجيش ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله
وعن يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان يسلم
عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر وينوي بالتسليمة
الاولى من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة وكذلك في الثانية لان الاعمال بالنيات
ولا ينوي النساء في زماننا ولا من لا شركة له في صلوته هو الصحيح لان الخطاب حظ الحاضر
ولا بد للمقتدي من نية امامه فان كان الامام في الجانب الايمن او الايسر نواه فيهم وان كان
بحذائه نواه في الاولى عند ابي يوسف ترجيحا للجانب الايمن وعند محمد وهو رواية عن ابي
حنيفة رضي الله عنه نواه فيهما لانه ذو حظ من الجانبين والمنفرد ينوي الحفظة لا غير لانه
ليس معه سواهم والامام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا
محصورا لان الاخبار في عددهم قد اختلفت فاشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام
ثم اصابة لفظة السلام واجبة عندنا وليست بفرض خلافا للشافعي هو يتمسك بقوله
عليه السلام تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود رض
والتخيير ينافي الفرضية والوجوب الا انا اثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا وبمثله لا تثبت
الفرضية. **فصل في القراءة** قال ويجهر بالقراءة في الفجر وفي الركعتين الاوليين من
المغرب والعشاء ان كان اماما ويخفي في الاخريين هذا هو الماثور المتوارث وان كان
منفردا فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه لانه امام في حق نفسه وان شاء خافت
لانه ليس خلفه من يسمعه والافضل هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفيها
الامام في الظهر والعصر وان كان بعرفة لقوله عليه السلام صلوة النهار عجماء اي ليست

فيها قراءة مسموعة وفي عرفة خلافا لمالك والحجة عليه ما رويناه ويجهر في الجمعة والعيدين
لورود النقل المستفيض بالجهر وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد
وهذا لانه مكمل له فيكون تبعا ومن فاتته صلوة العشاء فقضاها بعد طلوع الشمس ان ام
فيها جهر كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة
وان كان وحده خافت حتما ولا يتخير هو الصحيح لان الجهر يختص اما بالجماعة او بالوقت
في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد احدهما ومن قرأ في العشاء في الاوليين السورة ولم
يقرأ فاتحة الكتاب لم يعد في الاخريين وان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الاخريين
الفاتحة والسورة وجهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقضي واحدة
منهما لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل ولهما وهو الفرق بين الوجهين
ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها في الاخريين يترتب
الفاتحة على السورة وهذا بخلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن قضاؤها
على الوجه المشروع ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل بلفظة الاستحباب لانها
ان كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه ويجهر
بهما هو الصحيح لان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع وتغيير النفل وهو الفاتحة
اولى ثم المخافتة ان يسمع نفسه والجهر ان يسمع غيره وهذا عند الفقيه الهندواني
والامام ابي بكر محمد بن الفضل لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت وقال
الكرخي رحمه الله ادنى الجهر ان يسمع نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف لان القراءة
فعل اللسان دون الصماخ وفي لفظ الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق
بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك وادنى ما يجزئ من القراءة في الصلوة
آية واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ثلث آيات قصار او آية طويلة لانه لا يسمى
قارئا بدونه فاشبه قراءة ما دون الآية وله قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن من غير فصل
الا ان ما دون الآية خارج والآية ليست في معناه وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب واي
سورة شاء لما روي ان النبي عليه السلام قرأ في صلوة الفجر في سفره بالمعوذتين ولان

السفر اثر في اسقاط شطر الصلوة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى وهذا اذا كان
على عجلة من السير وان كان في امنة وقرار يقرأ في الفجر نحو سورة البروج وانشقت لانه
يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين باربعين آية او
خمسين آية سوى فاتحة الكتاب ويروى من اربعين الى ستين ومن ستين الى مائة
وبكل ذلك ورد الاثر ووجه التوفيق انه يقرأ بالراغبين مائة وبالكسالى اربعين
وبالاوساط ما بين خمسين الى ستين وقيل ينظر الى طول الليالي وقصرها والى كثرة
الاشتغال وقلتها قال وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما في سعة الوقت وقال في
الاصل او دونه لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال والعصر والعشاء
يقرأ فيهما باوساط المفصل وفي المغرب دون ذلك يقرأ فيها بقصار المفصل والاصل
فيه كتاب عمر رضي الله عنه الى ابي موسى الاشعري ان اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر
والعشاء باوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولان مبنى المغرب على العجلة
والتخفيف اليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير وقد يقعان بالتطويل
في وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالاوساط ويطيل الركعة الاولى من الفجر على الثانية
اعانة للناس على ادراك الجماعة وركعتا الظهر سواء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد احب الي ان يطول الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها لما روي عن
النبي عليه السلام انه يطول الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها ولهما ان الركعتين
استويا في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار بخلاف الفجر لانه وقت النوم والغفلة
والحديث محمول على الاطالة من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة
والنقصان بما دون ثلث آيات لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج وليس في شيء
من الصلوات قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها لاطلاق ما تلونا ويكره ان يوقت بشيء
من القرآن بشيء من الصلوات لما فيه من هجر الباقي وايهام التفضيل ولا يقرأ المؤتم خلف الامام
خلافا للشافعي في الفاتحة له ان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه ولنا قوله عليه السلام
من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ركن مشترك بينهما

لكن حظ المقتدي الانصات والاستماع قال عليه السلام واذا قرأ الامام فانصتوا ويستحسن
على سبيل الاحتياط فيما روي عن محمد رح ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ولا يستمع ولا ينصت
وان قرأ الامام آية ترغيب او ترهيب لان الاستماع والانصات فرض بالنص والقراءة
وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك مخل به وكذلك في الخطبة وكذلك ان صلى على النبي عليه السلام
لفرضية الاستماع الا ان يقرأ الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا صلوا عليه الآية فيصلي
السامع في نفسه واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط هو السكوت اقامة لفرض الانصات

باب الامامة الجماعة سنة مؤكدة لقوله عليه السلام الجماعة من سنن الهدى
لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة وعن ابي يوسف رح اقرأهم
لان القراءة لا بد منها والحاجة الى العلم اذا نابت نائبة ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن
واحد والعلم لسائر الاركان فان تساووا فاقرؤهم لقوله عليه السلام يؤم القوم اقرأهم
لكتاب الله تعالى فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة واقرأهم كان اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه
باحكامه فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا فقدمنا الاعلم فان تساووا فاورعهم لقوله
عليه السلام من صلى خلف عالم تقي فكأنما صلى خلف نبي فان تساووا فاسنهم لقوله عليه السلام
لابني ابي مليكة وليؤمكما اكبركما سنا ولان في تقديمه تكثير الجماعة ويكره تقديم العبد لانه
لا يتفرغ للتعليم والاعرابي لان الغالب عليه الجهل والفاسق لانه لا يهتم لامر دينه والاعمى
لانه لا يتوقى النجاسة وولد الزنا لانه ليس له اب يثقفه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم
هؤلاء تنفير الجماعة فيكره وان تقدموا جاز لقوله عليه السلام صلوا خلف كل بر وفاجر
ولا يطول بهم الامام الصلوة لقوله عليه السلام من ام قوما فليصل بهم صلوة اضعفهم فان
فيهم المريض والكبير وذا الحاجة ويكره للنساء وحدهن جماعة لانها لا يخلو عن ارتكاب محرم
وهو قيام الامام وسط الصف فيكره كالعراة فان فعلن وقفت الامامة وسطهن لان عائشة رضي
فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام ولان في التقديم زيادة الكشف ومن
صلى مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رض فانه عليه السلام صلى به واقامه عن يمينه
ولا يتأخر عن الامام وعن محمد انه يضع اصابعه عند عقب الامام والاول هو الظاهر فان صلى

صلى خلفه او عن يساره جاز وهو مسيء لانه خالف السنة وان ام اثنين تقدم عليهما
وعن ابي يوسف يتوسطهما ونقل ذلك عن عبد الله بن مسعود رض ولنا انه عليه السلام تقدم
على انس واليتيم حين صلى بهما فهذا للافضلية والاثر دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان
يقتدوا بامرأة او صبي اما المرأة فلقوله عليه السلام اخروهن من حيث اخرهن الله فلا يجوز تقديمها
واما الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح والسنن المطلقة جوزه
مشايخ بلخ ولم يجوزه مشايخنا ومنهم من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف
وبين محمد رح والمختار انه لا يجوز في الصلوات كلها لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا
يلزمه القضاء بالفساد بالاجماع ولا يبنى القوي على الضعيف بخلاف المظنون لانه مجتهد
فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان الصلوة متحدة ويصف الرجال
ثم الصبيان ثم النساء لقوله عليه السلام ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى ولان المحاذاة
مفسدة فيؤخرهن وان حاذته مشتهاة في صلوة واحدة فسدت صلوته ان
نوى الامام امامتها والقياس ان لا يفسد وهو قول الشافعي اعتبارا بصلوتها حيث لا
تفسد وجه الاستحسان ما رويناه وانه من المشاهير وهو المخاطب به دونها فيكون هو
التارك لفرض المقام فيفسد صلوته دون صلوتها كالمأموم اذا تقدم على الامام وان لم
ينو امامتها لا يضره ولا يجوز صلوتها لان الاشتراك لا يثبت دونها عندنا خلافا لزفر رح
الا يرى انه يلزمه الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء وانما يشترط نية الامامة اذا
ائتمت محاذية فان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق على احديهما ان الفساد في الاول
لازم وفي الثاني محتمل ومن شرائط المحاذاة ان تكون الصلوة مشتركة وان تكون مطلقة
وان تكون المرأة من اهل الشهوة وان لا يكون بينهما حائل لانها عرفت مفسدة بالنص بخلاف
القياس فيراعى جميع ما ورد به النص ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب منهن لما
فيه من خوف الفتنة ولا بأس للعجوز ان يخرجن في الفجر والمغرب والعشاء وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يخرجن في الصلوات كلها لانه لا فتنة لقلة الرغبة فلا يكره كما في العيد وله ان
فرط الشبق حامل فيقع الفتنة غير ان الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر

والعشاء فيهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشتغلون والجماعة متسعة فيمكنها الاعتزال
عن الرجال فلا يكره ولا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة ولا الطاهرات خلف
المستحاضة لان الصحيح اقوى حالا من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والامام ضامن
بمعنى تضمن صلوته صلوة المقتدي ولا يصلي القاري خلف الامي ولا المكتسي خلف العاري
لقوة حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال
محمد رح لا يجوز لانها طهارة ضرورية والطهارة بالماء اصلية ولهما انها طهارة مطلقة
ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ويؤم الماسح الغاسلين لان الخف مانع سراية الحدث الى
القدم وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه
حقيقة ويصلي القائم خلف القاعد وقال محمد لا يجوز وهو القياس لقوة حال القائم ونحن
تركناه بالنص وهو ما روي انه عليه السلام صلى آخر صلوته قاعدا والقوم خلفه قيام ويصلي
المومي خلف مثله لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم قاعدا والامام مضطجعا لان
القعود معتبر فتثبت به القوة ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومي لان حال المقتدي
اقوى وفيه خلاف زفر ولا يصلي المفترض خلف المتنفل لان الاقتداء بناء ووصف الفرضية
معدوم في حق الامام فلا يتحقق البناء على المعدوم ولا يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا
آخر لان الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي يصح في جميع ذلك
لان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعا ويصلي المتنفل
خلف المفترض لان الحاجة في حقه الى اصل الصلوة وهو موجود في حق الامام فيتحقق
البناء ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد لقوله عليه السلام من ام قوما ثم ظهر
انه كان محدثا او جنبا اعاد صلوته واعادوا وفيه خلاف الشافعي بناء على ما تقدم
ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك في الجواز والفساد واذا صلى الامي بقوم يقرؤن وبقوم
اميين فصلوتهم فاسدة عند ابي حنيفة وقالا صلوة الامام ومن لا يقرأ تامة لانه
معذور ام قوما معذورين وغير معذورين فصار كما اذا ام العاري عراة ولابسين
وله ان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها ففسد صلوته وهذا لانه لو اقتدى

بالقاري تكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسئلة وامثالها لان الموجود
في حق الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي ولو كان يصلي الامي وحده والقاري
وحده جاز هو الصحيح لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة فان قرأ الامام في الاوليين
ثم قدم في الاخريين اميا فسدت صلوتهم وقال زفر لا تفسد لتأدي فرض القراءة
ولنا ان كل ركعة صلوة فلا تخلو عن القراءة اما تحقيقا واما تقديرا ولا تقدير في
حق الامي لانعدام الاهلية وكذا على هذا لو قدمه في التشهد **باب الحدث
في الصلوة** ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف فان كان اماما استخلف وتوضأ
وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي رحمه الله لان الحدث ينافيها والمشي
والانحراف يفسدانها فاشبه الحدث العمد ولنا قوله عليه السلام من قاء او رعف او
امذى في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم وقال عليه السلام
اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء والبلوى
فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به والاستيناف افضل تحرزا عن شبهة الخلاف
الاختلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والامام والمقتدي يبني صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد
ان شاء اتم في منزله وان شاء عاد الى مكانه والمقتدي يعود الى مكانه الا ان يكون امامه
قد فرغ او لا يكون بينهما حائل ومن ظن انه احدث فخرج من المسجد ثم علم انه لم يحدث
استقبل الصلوة وان لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي والقياس فيهما الاستقبال وهي
رواية عن محمد لوجود الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف على قصد الاصلاح
الا ترى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته فالحق قصد الاصلاح بحقيقته ما لم يختلف
المكان بالخروج وان استخلف فسدت لانه عمل كثير من غير عذر وهذا بخلاف ما اذا ظن
انه افتتح على غير وضوء فانصرف حيث تفسد صلوته وان لم يخرج لان الانصراف على
سبيل الرفض الا ترى انه لو تحقق ما توهمه يستقبله وهذا هو الحرف ومكان الصفوف
في الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم قدامه فالحد السترة وان لم يكن فمقدار الصفوف
خلفه وان كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب وان جن او نام فاحتلم او اغمي عليه

استقبل لانه ينبني وجود هذه العوارض فلم يكن في معنى ما ورد به النص وكذا اذا قهقه
لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع وان حصر الامام عن القراءة فقدم غيره اجزأهم عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يجزيهم لانه ينبني وجوده ولان الاستخلاف لعلة العجز وهو ههنا الزم والعجز
عن القراءة غير نادر فلو قرأ مقدار ما يجوز به الصلاة لا يجوز بالاجماع لعدم الحاجة الى
الاستخلاف وان سبقه الحدث بعد التشهد توضأ وسلم لان التسليم واجب فلا بد
من التوضي لياتي به وان تعمد الحدث في هذه الحالة او تكلم او عمل عملا ينافي الصلاة تمت صلاته
لانه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبق عليه شيء من الاركان فان
رأى المتيمم الماء في الصلاة بطلت وقد مر قبل فان رآه بعد ما قعد مقدار التشهد او كان
ماسحا فانقضى مدة مسحه او خلع خفيه بعمل يسير او كان اميا فتعلم سورة او عريانا فوجد
ثوبا او موميا فقدر على الركوع والسجود او تذكر فائتة عليه قبل هذه او احدث الامام
القارئ فاستخلف اميا او طلع الشمس في الفجر او دخل وقت العصر وهو في الجمعة او كان
ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء او كان صاحب عذر فانقطع عذره كالمستحاضة
ومن بمعناها بطلت الصلاة في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقيل الاصل فيه ان الخروج من
الصلاة بصنع المصلي فرض عند ابي حنيفة رح وعندهما ليس بفرض فاعتراض هذه العوارض
عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلاة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لهما
ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وله انه لا يمكنه اداء صلاة اخرى الا بالخروج عن
هذه وما لا يتوسل الى الفرض الا به يكون فرضا ومعنى قوله تمت صلاته اي قاربت التمام
والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز في حق القارئ وانما الفساد ضرورة حكم شرعي وهو
عدم صلاحية الامامة ومن اقتدى بامام بعد ما صلى ركعة فاحدث الامام فقدمه اجزأه
لوجود المشاركة في التحريمة والاولى للامام ان يقدم مدركا لانه اقدر على اتمام صلاته وينبغي
لهذا المسبوق ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم فلو تقدم يبتدئ من حيث انتهى اليه الامام
لقيامه مقامه واذا انتهى الى السلام تقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم صلاة الامام قهقه
او احدث متعمدا او تكلم او خرج من المسجد فسدت صلاته وصلاة القوم تامة لان المفسد

المفسد وجد في حقه في خلال الصلاة وفي حقهم بعد تمام اركانها والامام الاول
ان كان فرغ لا تفسد صلاته وان لم يفرغ تفسد وهو الاصح وان لم يحدث الامام
الاول وقعد قدر التشهد ثم قهقه او احدث متعمدا فسدت صلاة الذي لم يدرك
اول صلاته عند ابي حنيفة وقالا لا تفسد وان تكلم او خرج من المسجد لم يفسد في
قولهم جميعا لهما ان صلاة المقتدي بناء على صلاة الامام جوازا وفسادا ولم تفسد
صلاة الامام وكذا صلاته وصار كالسلام والكلام وله ان القهقهة مفسدة للجزء الذي
تلاقيه من صلاة الامام فيفسد مثله من صلاة المقتدي غير ان الامام لا يحتاج الى البناء
والمسبوق يحتاج اليه والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه والكلام في
معناه وينتقض وضوء الامام لوجود القهقهة في حرمة الصلاة ومن احدث في ركوعه
او في سجوده توضأ وبنى ولا يعتد بالتي احدث فيها لان اتمام الركن بالانتقال ومع
الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة فلو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على الركوع لانه
يمكنه الاتمام بالاستدامة ولو ذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة فانحط من ركوعه
او رفع رأسه من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود وهذا بيان الاولى ليقع الافعال
مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعد اجزأه لان الانتقال مع الطهارة وعن ابي يوسف رح انه يلزمه
اعادة الركوع لان القومة فرض عنده ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد فا
فالمأموم امام نوى الامامة او لم ينوها لما فيه من صيانة الصلاة وتعيين الاول لقطع المزاحمة
ولا مزاحم ويتم الاول صلاته مقتديا بالثاني كما اذا استخلفه حقيقة ولو لم يكن خلفه
الا صبي او امرأة قيل تفسد صلاته لاستخلاف من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه
لم يوجد الاستخلاف قصدا وهو لا يصلح للامامة **باب ما يفسد الصلاة
وما يكره فيها** ومن تكلم في صلاته عامدا او ناسيا بطلت صلاته خلافا للشافعي رح
في الخطأ والنسيان وهو فرع الحديث المعروف لنا قوله عليه السلام ان صلاتنا هذه
لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل وقراءة القرآن وما رواه محمول
على رفع الاثم بخلاف السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة النسيان وكلاما

في حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب فان ان فيها او تاوه او بكى فارتفع بكاؤه فان
كان من ذكر الجنة او النار لم يقطعها لانه يدل على زيادة الخشوع وان كان من وجع او مصيبة
قطعها لان فيه اظهار الجزع والتاسف وكان من كلام الناس وعن ابي يوسف ان قوله آه لا
يفسد في الحالين وقوله اوه تفسد وقيل ان الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت على
حرفين وهما زائدتان او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين تفسد وحروف الزوائد
جمعها في قولهم اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان كلام الناس في متفاهم العرف يتبع
وجود الهجاء وافهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد وان تنحنح بغير عذر
بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل به الحروف ينبغي ان يفسد عندهما وان كان بعذر
فهو عفو كالعطس والجشاء اذا حصل به حروف ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو
في الصلوة فسدت صلوته لانه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم بخلاف ما اذا
قال العاطس او السامع الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف جوابا وان استفتح ففتح
عليه في صلوته فسدت صلوته ومعناه ان يفتح المصلي على غير امامه لانه تعليم وتعلم فكان
من كلام الناس ثم شرط التكرار في الاصل لانه ليس من افعال الصلوة فيعفى القليل منه ولم
يشترط في الجامع الصغير لان الكلام بنفسه قاطع وان قل وان فتح على امامه لم يكن
كلاما استحسانا لانه مضطر الى اصلاح صلوته فكان هذا من اعمال صلوته معنى
وينوي الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنها ولو كان
الامام انتقل الى آية اخرى تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة الامام لو اخذ بقوله لوجود
التلقين والتلقن من غير ضرورة وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجئهم
اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى آية اخرى ولو اجاب رجلا في الصلوة بلا اله الا الله
فهذا كلام مفسد عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يكون مفسدا وهذا الخلاف
فيما اذا اراد به جوابه له انه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب
وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت والاسترجاع على هذا الخلاف في الصحيح وان اراد
اعلامه انه في الصلوة لم يفسد بالاجماع لقوله عليه السلام اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة

الصلوة فليسبح ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع فقد نقض الظهر لانه
صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعد ما صلى منها ركعة فهي هي ويجتزئ
بتلك الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته ويبقى منويه على حاله واذا قرأ الامام
من المصحف فسدت صلوته عند ابي حنيفة وقالا هي تامة لانها عبادة انضافت الى
عبادة الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب ولابي حنيفة رح ان حمل المصحف
والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن في المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره
وعلى هذا لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى الاول يفترقان ولو نظر الى مكتوب وفهمه
فالصحيح انه لا تفسد صلوته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث
يحنث بالفهم عند محمد لان المقصود هناك الفهم اما فساد الصلوة فبالعمل الكثير وان
مرت امرأة بين يدي المصلي لم يقطع صلوته لقوله عليه السلام لا يقطع الصلوة مرور
شيء الا ان المار آثم لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لكان
ان يقف اربعين خيرا له من ان يمر بين يديه وانما يأثم اذا مر في موضع سجوده على ما قيل
ولا يكون بينهما حائل ويحاذي اعضاءه اعضاءه لو كان يصلي على الدكان وينبغي
لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ سترة امامه لقوله عليه السلام اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل
بين يديه سترة ومقدارها ذراع فصاعدا لقوله عليه السلام ايعجز احدكم اذا صلى
في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل وقيل ينبغي ان يكون في غلظ الاصبع لان
ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود ويقرب من السترة لقوله عليه السلام
من صلى الى سترة فليدن منها ويجعل السترة على حاجبه الايمن او على الايسر وبه ورد الاثر
وسترة الامام سترة للقوم لانه عليه السلام صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة
ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط لان المقصود لا يحصل به ويدرأ المار اذا لم يكن بين يديه
سترة او مر بينه وبين السترة لقوله عليه السلام فادرؤا ما استطعتم ويدرأ بالاشارة
كما فعل النبي عليه السلام بولدي ام سلمة رضي الله عنها او يدفع بالتسبيح لما روينا من
قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدهما كفاية فصل ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه

او بجسده لقوله عليه السلام ان الله كره لكم ثلاثا وذكر منها العبث في الصلوة ولان
العبث خارج الصلوة حرام فما ظنك في الصلوة ولا يقلب الحصا لانه نوع عبث الا ان
لا يمكنه من السجود فيسويه مرة لقوله عليه السلام لابي ذر يا ابا ذر مرة او ذر ولان
فيه اصلاح الصلوة ولا يفرقع اصابعه لقوله عليه السلام لا تفرقع اصابعك وانت تصلي
ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة لانه عليه السلام نهى عن الاختصار في الصلوة ولان
فيه ترك الوضع المسنون ولا يلتفت لقوله عليه السلام لو علم المصلي من يناجي ما التفت
ولو نظر بموخر عينيه يمنة ويسرة من غير ان يلوي عنقه لا يكره لانه عليه السلام كان يلاحظ
اصحابه في صلوته بموق عينيه ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه لقول ابي ذر رضي الله عنه نهاني
خليلي عن ثلاث ان انقر نقر الديك وان اقعي اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب
والاقعاء ان يضع اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح ولا يرد السلام بلسانه
لانه كلام ولا بيده لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلوته ولا يتربع
الا من عذر لان فيه ترك سنة القعود ولا يعقص شعره وهو ان يجمع شعره على هامته ويشده
بخيط او بصمغ ليتلبد فقد روي انه عليه السلام نهى ان يصلي الرجل وهو معقوص ولا يكف
ثوبه لانه نوع تجبر ولا يسدل ثوبه لانه عليه السلام نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على
راسه او كتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه ولا ياكل ولا يشرب لانه ليس من اعمال الصلوة
فان اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلوته لانه عمل كثير وحالة الصلوة مذكرة
ولا باس بان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده في الطاق ويكره ان يقوم في الطاق
لانه يشبه صنيع اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان بخلاف ما اذا كان
سجوده في الطاق ويكره ان يكون الامام وحده على الدكان لما قلنا وكذا على القلب في
ظاهر الرواية لانه ازدراء بالامام ولا باس بان يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث لان
ابن عمر رضي الله عنه ربما كان يستتر بنافع في بعض اسفاره ولا باس بان يصلي وبين يديه
مصحف معلق او سيف معلق لانهما لا يعبدان وباعتبارهما تثبت الكراهة ولا باس بان يصلي
على بساط فيه تصاوير لان فيه استهانة بالصورة ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه

يشبه عبادة الصورة واطلق الكراهة في الاصل لان المصلي معظم ويكره ان يكون
فوق في السقف او بين يديه او بحذائه تصاوير او صورة معلقة لحديث جبريل عم
انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا يبدو للناظر
لا يكره لان الصغار جدا لا يعبد واذا كان التمثال مقطوع الراس او محي الراس فليس
بتمثال لانه لا يعبد بدون الراس وصار كما اذا صلى الى شمع او سراج على ما قالوا ولو
كانت الصورة على وسادة ملقاة او على بساط مفروش لا يكره لانها تداس وتوطا
بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة او كانت على السترة لانه تعظيم لها واشدها
كراهة ان يكون امام المصلي ثم فوق راسه ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه ولو لبس
ثوبا فيه تصاوير يكره لانه يشبه حامل الصنم والصلوة جائزة في جميع ذلك لاستجماع
شرائطها وتعاد على وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلوة اديت مع الكراهة ولا تكره
تمثال غير ذي الروح لانه لا يعبد ولا باس بقتل الحية والعقرب في الصلوة لقوله عليه السلام
اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلوة ولان فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار
ويستوي فيه جميع انواع الحيات هو الصحيح لاطلاق ما روينا ويكره عد الاي والتسبيحات
في الصلوة باليد وكذلك عد السور لان ذلك ليس من اعمال الصلوة وعن ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله انه لا باس بذلك في الفرائض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة والعمل بما
جاءت به السنة قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع فيستغني عن العد بعده والله اعلم

فصل ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لانه عليه السلام نهى عن
ذلك والاستدبار يكره في رواية لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره في رواية
لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة وما ينحط عنه ينحط الى الارض بخلاف
المستقبل لان فرجه مواز لها وما ينحط منه ينحط اليها ويكره المجامعة فوق
المسجد والبول والتخلي لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء
منه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف
ولا باس بالبول فوق بيت فيه مسجد والمراد ما اعد للصلوة في البيت لانه لم ياخذ

حكم المسجد وان تبرعا اليه ويكره ان يغلق باب المسجد لانه يشبه المنع من الصلوة
وقيل لا باس به اذا خيف على متاع المسجد في غير اوان الصلوة ولا باس بان ينقش
المسجد بالجص والساج وماء الذهب وقوله لا باس يشير الى انه لا يؤجر عليه النقش
ولكنه لا ياثم به وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه واما المتولي فيفعل من
مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل يضمن والله اعلم

باب صلوة الوتر الوتر واجب عند ابي حنيفة وقالا سنة لظهور
اثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه
وسلم ان الله تعالى زادكم صلوة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع
الفجر امر وهو للوجوب ولهذا وجب القضاء بالاجماع وانما لا يكفر جاحده لان
وجوبه ثبت بالسنة وهو المعنى بما روي عنه انه سنة وهو يؤدى في وقت
العشاء فاكتفى باذانه واقامته **قال** الوتر ثلث ركعات لا يفصل بينهن بسلام
لما روت عائشة رضي الله عنها انه عليه السلام كان يوتر بثلث وحكى الحسن
رحمه الله اجماع المسلمين على الثلث وهذا احد اقوال الشافعي وفي قول يوتر
بتسليمتين وهو قول مالك والحجة عليهما ما رويناه ويقنت في الثالثة قبل
الركوع وقال الشافعي رحمه الله بعده لما روي انه عليه السلام قنت في اخر الوتر وهو
بعد الركوع ولنا ما روي انه عليه السلام قنت قبل الركوع وما زاد على نصف الشيء
آخره ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي في غير النصف الاخير من رمضان لقوله
عليه السلام للحسن رضي الله عنه حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير
فصل ويقرأ في كل ركعة من الوتر فاتحة الكتاب وسورة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن
واذا اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عليه السلام
لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت ولا يقنت في صلوة غيرها
خلافا للشافعي في الفجر لما روى ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام قنت في صلوة
الفجر شهرا ثم تركه وان قنت الامام في صلوة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد

ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يتابعه لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه
ولهما انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما تجب متابعته
وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك للداعي والاول اظهر ودلت المسألة
على جواز الاقتداء بالشفعوية وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر واذا
علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلوته كالفصد وغيره لا يجزيه الاقتداء
به والمختار في القنوت الاخفاء لانه دعاء **باب النوافل** السنة
ركعتان قبل الفجر واربع قبل الظهر وركعتان بعدها واربع قبل العصر وان شاء
ركعتين وركعتان بعد المغرب واربع قبل العشاء واربع بعدها وان شاء ركعتين
والاصل فيه قوله عليه السلام من ثابر على ثنتي عشرة ركعة في اليوم والليلة بنى الله
له بيتا في الجنة وفسر على نحو ما ذكر في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع قبل العصر فلهذا
سماه في الاصل حسنا وخير لاختلاف الاثار والافضل هو الاربع ولم يذكر
الاربع قبل العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد
العشاء وفي غيرها ذكر الاربع فلهذا خير الا ان الاربع افضل خصوصا عند ابي
حنيفة رحمه الله على ما عرف من مذهبه والاربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه خلاف الشافعي **قال** ونوافل النهار
ان شاء صلى بتسليمة ركعتين وان شاء اربعا ويكره الزيادة على ذلك واما
نوافل الليل قال ابو حنيفة رحمه الله ان صلى ثماني ركعات بتسليمة واحدة
جاز ويكره الزيادة وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة وفي الجامع
الصغير لم يذكر الثماني في صلوة الليل ودليل الكراهة انه صلى الله عليه وسلم
لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد عليه تعليما للجواز والافضل في الليل
عند ابي يوسف ومحمد مثنى مثنى وفي النهار اربع اربع وعند الشافعي فيهما
مثنى مثنى وعند ابي حنيفة فيهما اربع اربع والشافعي رحمه الله قوله عليه السلام
صلوة الليل والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي حنيفة رحمه الله انه

عليه السلام كان يصلي بعد العشاء اربعاً لحديث عائشة رضي الله عنها
كان النبي عليه السلام يواظب على الاربع في الضحى ولانه ادوم تحريمة فيكون
اكثر مشقة وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان يصلي اربعاً بتسليمة لا
يخرج عنه بتسليمتين وعلى القلب بتسليمة واحدة يخرج والتراويح تؤدى
بجماعة فيراعى فيها جهة التيسير وما رواه فمعناه شفعا لا وترا

فصل

القراءة في الفرض واجبة في الركعتين وقال الشافعي رحمه الله في الركعات كلها
لقوله عليه السلام لا صلاة الا بالقراءة وكل ركعة صلاة وقال مالك رحمه الله
في ثلث ركعات اقامة للاكثر مقام الكل تيسيرا ولنا ان الامر بالفعل لا يقتضي
التكرار وانما اوجبنا في الثانية استدلالا بالاولى لانهما يتشاكلان من كل وجه
واما الاخريان فيفارقانهما في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها
فلا يلحقان بهما والصلاة فيما روى مذكورة صريحا فينصرف الى الكاملة
وهي الركعتان عرفا كمن حلف لا يصلي صلاة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي
وهو مخير في الاخريين معناه ان شاء سكت وان شاء قرأ وان شاء سبح
كذا روي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو المأثور عن علي وابن مسعود وعائشة
رضي الله عنهم الا ان الافضل ان يقرأ لانه عليه السلام داوم على ذلك ولهذا
لا يجب السهو بتركها في ظاهر الرواية والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل
وفي جميع الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلاة على حدة والقيام الى الثالثة
كتحريمة مبتدأة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور عن اصحابنا
ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر فللاحتياط قال ومن شرع في
نافلة ثم افسدها قضاها وقال الشافعي رحمه الله لا قضاء عليه لانه متبرع
فيه ولا لزوم على المتبرع ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزم الاتمام ضرورة صيانته
عن البطلان وان صلى اربعا وقرأ في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين قضى
ركعتين لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة فيكون

ملزما هذا اذا افسد الاخريين بعد الشروع فيهما ولو افسد قبل الشروع في
الشفع الثاني لا يقضي الاخريين وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي اعتبارا
للشروع بالنذر ولهما ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة له الا به
وصحة الشفع الاول لا تتعلق بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا سنة
الظهر لانها نافلة وقيل يقضي اربعا احتياطا لانها بمنزلة صلاة واحدة
وان صلى اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا اعاد ركعتين وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله ترك القراءة في الاوليين او في
احديهما يوجب بطلان التحريمة لانها تعقد للافعال وعند ابي يوسف
رحمه الله ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب
فساد الاداء لان القراءة ركن زائد الا ترى ان للصلوة وجودا
بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها وفساد الاداء لا يزيد على
تركه فلا يبطل التحريمة وعند ابي حنيفة رحمه الله ترك القراءة في الاوليين
يوجب بطلان التحريمة وفي احديهما لا يوجب لان كل شفع من التطوع
صلاة على حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا
بالفساد في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع
الثاني احتياطا اذا ثبت هذا نقول اذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما
لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول عندهما فلم يصح الشروع
في الشفع الثاني وبقيت عند ابي يوسف رحمه الله فصح الشروع في الشفع الثاني
ثم اذا افسد الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء الاربع عنده ولو قرأ في الاوليين
لا غير فعليه قضاء الاخريين بالاجماع لان التحريمة لم تبطل فصح الشروع
في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الاول
ولو قرأ في الاخريين لا غير فعليه قضاء الاوليين بالاجماع لان عندهما
لم يصح الشروع في الشفع الثاني وعند ابي يوسف رحمه الله ان صح فقد

أداها ولو قرأ في الأوليين واحدى الأخريين فعليه قضاء الأخريين
بالاجماع ولو قرأ في الأخريين واحدى الأوليين فعليه قضاء الأوليين
بالاجماع ولو قرأ في احدى الأوليين واحدى الأخريين فعلى قول أبي
يوسف عليه قضاء الأربع وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن التحريمة باقية
وعند محمد عليه قضاء الأوليين لأن التحريمة قد ارتفعت عنده وقد أنكر
أبو يوسف رحمه الله على هذه الرواية عنه وقال رويت لك عن أبي حنيفة رح
انه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد لم يرجع عن روايته ولو قرأ في احدى
الأوليين لا غير قضى أربعا عندهما وعند محمد رحمه ركعتين ولو قرأ
في احدى الأخريين لا غير قضى أربعا عند أبي يوسف وعندهما ركعتين قال
وتفسير قوله عليه السلام لا يصلى بعد صلوة مثلها يعني ركعتين بقراءة
وركعتين بغير قراءة فيكون بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها
ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة على القيام لقوله عليه السلام صلوة القاعد
على النصف من صلوة القائم ولأن الصلوة خير موضوع وربما يشق عليه
القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه واختلفوا في كيفية القعود والمختار
ان يقعد كما في التشهد لأنه عهد مشروعا في الصلوة وان افتتحها قائما ثم
قعد بغير عذر جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا استحسان وعندهما لا
يجزيه وهو قياس لأن الشروع معتبر بالنذر وله انه لم يباشر القيام فيما بقي
ولما باشر صحة بدونه بخلاف النذر لأنه التزمه نصا حتى لو لم ينص على القيام
لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ ومن كان خارج المصر يتنفل على الدابة
الى أي جهة توجهت يومي ايماء لحديث ابن عمر رضي الله عنه قال رأيت
رسول الله عليه السلام يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر يومي ايماء ولأن
النوافل غير مختصة بوقت فلو ألزمناه النزول والاستقبال ينقطع عنه
القافلة او ينقطع هو عن القافلة أما الفرايض فمختصة بوقت والسنن

والسنن الرواتب نوافل وعن أبي حنيفة رحمه الله انه ينزل لسنة الفجر لأنها آكد
من سايرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصر وعن
أبي يوسف رحمه الله انه يجوز في المصر ايضا وجه الظاهر ان النص ورد خارج
المصر والحاجة الى الركوب فيه اغلب فان افتتح التطوع راكبا ثم نزل يبني
وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل لأن احرام الراكب انعقد مجوزا للركوع
والسجود لقدرته على النزول فاذا اتى بهما صح واحرام النازل انعقد لوجوب
الركوع والسجود فلا يقدر على ترك ما لزمه من غير عذر وعن أبي يوسف رح
انه يستقبل اذا نزل ايضا وكذا عن محمد رحمه اذا نزل بعد ما صلى ركعة
والأصح هو الظاهر **باب في قيام رمضان** يستحب
ان يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم امامهم خمس
ترويحات كل ترويحة بتسليمتين ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة
ثم يوتر بهم ذكر لفظ الاستحباب والأصح انها سنة كذا روى الحسن عن
أبي حنيفة رحمهما الله لأنه واظب عليها الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم
والنبي عليه السلام بين العذر في ترك المواظبة وهو خشية ان يكتب علينا
والسنة فيها الجماعة لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل المسجد عن
اقامتها كانوا مسيئين ولو اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة
تارك للفضيلة لأن افراد الصحابة روي عنهم التخلف والمستحب في
الجلوس بين الترويحتين مقدار ترويحة وكذا بين الخامسة والوتر لعادة
أهل الحرمين واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وليس
بصحيح وقوله ثم يوتر بهم يشير الى ان وقتها بعد العشاء قبل الوتر
وبه قال عامة المشايخ والأصح ان وقتها بعد العشاء الى آخر الليل
قبل الوتر وبعده لأنها نوافل سنت بعد العشاء ولم يذكر فيها قدر
القراءة واكثر المشايخ على ان السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم

بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة ولا
يصلي الوتر بجماعة في غير شهر رمضان عليه اجماع المسلمين باب
ادراك الفريضة ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي اخرى صيانة
للمؤدى عن البطلان ثم يدخل مع الامام احرازا لفضيلة الجماعة وان لم
يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح لانه بمحل الرفض
والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة
قبل الظهر والجمعة فاقيم او خطب الامام يقطع على رأس الركعتين يروى
ذلك عن ابي يوسف رحمه الله وقد قيل يتمها وان قد صلى ثلاثا من الظهر
يتمها لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان في الثالثة
بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها لانه بمحل الرفض ويتخير ان شاء
عاد فقعد وان شاء كبر قائما ينوي الدخول في صلوة الامام واذا اتمها
يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة لان الفرض لا يتكرر في وقت واحد
فان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل معهم لانه لو اضاف اليها
اخرى تفوته الجماعة وكذا اذا قام الى الثالثة قبل ان يقيدها بالسجدة
وبعد الاتمام لا يشرع في صلوة الامام لان التنفل مكروه وكذا بعد العصر
لما قلنا وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلاث مكروه وفي
جعلها اربعا مخالفة لامامه ومن دخل مسجدا قد اذن فيه يكره له ان يخرج
حتى يصلي لقوله عليه السلام لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق او رجل
يخرج لحاجة يريد الرجوع قال الا اذا كان ينتظم به امر جماعة لانه ترك صورة
تكميل معنى وان كان قد صلى وكانت الظهر او العشاء فلا بأس بان يخرج
لانه اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن في الاقامة لانه يتهم بمخالفة
الجماعة عيانا وان كانت العصر او المغرب او الفجر خرج وان اخذ فيها لكراهية
التنفل بعدها ومن انتهى الى الامام في صلوة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر

الفجر ان خشي ان يفوته ركعة ويدرك الاخرى يصلي ركعتي الفجر عند
باب المسجد ثم يدخل لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين وان خشي
فوتهما دخل مع الامام لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك الزم
بخلاف سنة الظهر حيث يتركها في الحالين لانه يمكنه اداؤها في الوقت
بعد الفرض هو الصحيح وانما الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
في تقديمها على الركعتين وتأخيرها عنهما ولا كذلك سنة الفجر على
ما نبين ان شاء الله تعالى والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل
على الكراهة في المسجد اذا كان الامام في الصلوة والافضل في عامة
السنن والنوافل المنزل هو المروي عن النبي عليه السلام قال واذا فاتته
ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى نفلا مطلقا وهو
مكروه بعد الصبح ولا بعد ارتفاعها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله احب الي ان يقضيهما الى وقت الزوال لانه عليه السلام
قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس ولهما ان الاصل
في السنة ان لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب والحديث ورد
في قضائهما تبعا للفرض فبقي ما وراءهما على الاصل وانما تقضى تبعا
له وهو يصلي بالجماعة او وحده الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف
المشايخ اما سائر السنن سواها لا يقضى بعد الوقت وحدها واختلف
المشايخ في قضائها تبعا للفرض قال ومن ادرك ركعة من الظهر ولم
يدرك الثلاث فانه لم يصل الظهر في جماعة وقال محمد قد ادرك
فضل الجماعة لان من ادرك آخر الشيء فقد ادركه فصار محرزا ثواب الجماعة
ولكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث في يمينه لا يدرك
الجماعة ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر بالجماعة قال ومن اتى المسجد
قد صلى فيه فلا بأس بان يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت

ومراده اذا كان في الوقت سعة وان كان فيه ضيق تركه وقيل هذا
في سنة غير الظهر والفجر لان لهما زيادة خزية قال عليه السلام في سنة
الفجر صلوها وان طردتكم الخيل وقال في الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر
لم ينل شفاعتي وقيل هذا في الجميع لان رسول الله عليه السلام واظب
عليها عند اداء المكتوبات بالجماعة ولا سنة دون المواظبة والاولى
ان لا يتركها في الاحوال كلها لكونها مكملات للفرايض الا اذا خاف
فوت الوقت قال ومن انتهى الى الامام في ركوعه فكبر ووقف حتى رفع
الامام رأسه لا يصير مدركا لتلك الركعة خلافا لزفر رحمه الله هو يقول
ادرك الامام فيما له حكم القيام ولنا ان الشرط هو المشاركة في افعال الصلوة
ولم توجد في القيام ولا في الركوع ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام
فيه جاز وقال زفر لا يجزيه لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا البناء عليه
ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف الاول
بان رفع رأسه قبل الامام

باب قضاء الفوائت

قال ومن
فاتته صلوة قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل فيه
ان الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت عندنا مستحق وعند الشافعي
مستحب لان كل فرض اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عليه
السلام من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل
التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام ولو خاف
فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها لان الترتيب يسقط بضيق الوقت
وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية ولو قدم
الفائتة جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيره بخلاف ما اذا كان في
الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت
بالحديث ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان

لان رسول الله عليه السلام شغل عن اربع صلوات يوم الخندق
فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتموني اصلي الا ان تزيد الفوائت على
ست صلوات لان الفوائت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت
نفسها كما سقط بينها وبين الوقتية وحد الكثرة ان تصير الفوائت ستا
بخروج وقت الصلوة السادسة وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير
وهو قوله وان فاتته اكثر من صلوة يوم وليلة اجزأته التي بدأ بها لانه
اذا زاد على يوم وليلة يصير ستا وعن محمد انه اعتبر دخول وقت السادسة
والاول هو الصحيح لان الكثرة بالدخول في حد التكرار وذلك في الاول
قال ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر
الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا له
عن التهاون ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض
وهو الاظهر فانه روي عن محمد رحمه الله فيمن ترك صلوة يوم وليلة وجعل
يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال والوقتيات
فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وان اخرها فكذلك
الا العشاء الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها قال ومن صلى
العصر وهو ذاكر انه لم يصل الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في اخر الوقت
وهي مسئلة الترتيب واذا فسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلوة عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يبطل لان التحريمة عقدت
للفرض فاذا بطلت الفرضية بطلت لهما انها عقدت لاصل الصلوة
بوصف الفرضية فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر
يفسد فسادا موقوفا حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب
الكل جائزا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تفسد فسادا باتا
لا جواز له بحال وقد عرف ذلك في موضعه ان شاء الله قال ولو صلى

الفجر وهو ذاكر انه لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وهذا
بناء على ان الوتر واجب عنده سنة عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرض و
السنن وعلى هذا اذا صلى العشاء ثم توضأ وصلى السنة والوتر ثم
تبين انه صلى العشاء بغير طهارة فعنده يعيد العشاء والسنة دون
الوتر وعندهما يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء

باب سجود السهو

يسجد للسهو للزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام
ثم يتشهد ثم يسلم وعند الشافعي رحمه الله يسجد قبل السلام ولنا قوله عليه
السلام لكل سهو سجدتان بعد السلام وروي ان النبي عليه السلام سجد
سجدتي السهو بعد السلام فتعارضت روايتا فعله وبقي التمسك بقوله ولان
سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو سهى عن السلام ينجبر به وهذا
الخلاف في الاولوية ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام المذكور الى ما هو
المعهود ويأتي بالصلاة على النبي عليه السلام والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لان
الدعاء موضعه آخر الصلاة قال ويلزمه السهو اذا زاد في صلاته فعلا من جنسها
ليس منها وهذا يدل على ان سجدة السهو واجبة وهو الصحيح لانها تجب لجبر
نقصان تمكن في الصلاة فتكون واجبة كالدماء في الحج واذا كان واجبا لا يجب
الا بترك الواجب او تأخير ركن ساهيا هذا هو الاصل وانما وجب بالزيادة لانها
لا تعرى عن تأخير ركن او ترك واجب قال ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا
كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته سنة ان وجوبها ثبت بالسنة
قال او ترك قراءة الفاتحة لانها واجبة او القنوت او التشهد او تكبيرات العيدين لانها واجبات
فان رسول الله عليه السلام واظب عليها من غير تركها مرة وهي امارة الوجوب ولانها
تضاف الى جميع الصلاة فدل انها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد
يحتمل القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما فكل ذلك واجب وفيها سجدة
هو الصحيح ولو جهر الامام فيما يخافت او خافت فيما يجهر يلزمه السهو لان الجهر في

موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات واختلفت الرواية في المقدار والاصح
قدر ما تجوز به الصلاة في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز
عنه وعن الكثير ممكن وما يصح به الصلاة كثير غير ان ذلك عنده آية واحدة
وعندهما ثلاث آيات وهذا في الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص
الجماعة قال وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود لتقرر السبب الموجب
في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام فان لم يسجد الامام لم
يسجد المؤتم السجود لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام
ينقلب الاصل تبعا ومن سهى عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حال القعود
اقرب عاد فقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء يأخذ حكمه ثم قيل يسجد
للسهو للتأخير والاصح ان لا يسجد كما اذا لم يقم ولو كان الى حال القيام اقرب
لم يعد لانه كالقائم معنى ويسجد للسهو لانه ترك الواجب وان سهى عن
القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد لان فيه
اصلاح صلاته وامكنه ذلك لان ما دون الركعة بمحل الرفض قال والغى الخامسة
لانه رجع الى شيء محله قبلها فترتفض ويسجد للسهو لانه اخر واجبا وان قيد
الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه استحكم
شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض
وهذا لان الركعة بسجدة واحدة صلاة حقيقة حتى يحنث في يمينه لا
يصلي وتحولت صلاته نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد
رحمه الله على ما مر فيضم اليها ركعة سادسة وان لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون
ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف لانه سجود كامل وعند محمد
برفعه لان تمام الشيء باخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث وثمرة الاختلاف
فيما اذا سبقه الحدث في السجود يبني عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله
ولو قعد في الرابعة قدر التشهد ثم قام ولم يسلم عاد الى القعدة ما لم يسجد

لانه يصير مخالفا وما التزم الاداء الا متابعا فان سهى المؤتم لم يلزم الامام ولا المؤتم السجود

للخامسة وسلم لأن التسليم في حالة القيام غير مشروع وأمكنه الإقامة على
وجهه بالقعود لأن ما دون الركعة بمحل الرفض وإن قيد الخامسة بالسجدة
ثم تذكر ضم إليها ركعة أخرى وتم فرضه لأن الباقي إصابة لفظة السلام وهي
واجبة وإنما يضم إليها ركعة أخرى ليصير الركعتان نفلا لأن الركعة الواحدة
لا تجزئ لنهيه عليه السلام عن البتيراء ثم لا تنوبان عن سنة الظهر هو الصحيح
لأن المواظبة عليها بتحريمة مبتدأة ويسجد للسهو لتمكن النقصان في الفرض
بالخروج لا على الوجه المسنون وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون ولو
قطعها لم يلزمه القضاء لأنه مظنون ولو اقتدى به إنسان فيهما يصلي ستا
عند محمد رحمه الله لأنه المؤدى بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لأنه استحكم
خروجه عن الفرض ولو أفسده المقتدي فلا قضاء عليه عند محمد رحمه الله
اعتبارا بالإمام وعند أبي يوسف رحمه الله يقضي ركعتين لأن السقوط بعارض
يخص الإمام قال ومن صلى ركعتين تطوعا فسها فيهما فسجد للسهو
ثم أراد أن يصلي أخراوين ليس له ذلك لأن السجود يبطل لوقوعه في وسط
الصلوة بخلاف المسافر إذا سجد للسهو ثم نوى الإقامة لأنه لو لم يبن يبطل
جميع الصلوة ومع هذا لو أدى صح لبقاء التحريمة ومن سلم وعليه سجدتا
السهو فدخل رجل في صلوته بعد التسليم فإن سجد الإمام كان داخلا
وإلا فلا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله
هو داخل سجد الإمام أو لم يسجد لأن عنده سلام من عليه السهو لا
يخرجه عن الصلوة أصلا لأنها وجبت جبرا للنقصان فلا بد أن يكون
في إحرام الصلوة وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لأنه محلل في نفسه وإنما
لا يعمل لحاجته إلى أداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة على اعتبار عدم العود ويظهر
الخلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض بنية الإقامة في هذه
الحالة قال ومن سلم يريد قطع الصلوة وعليه سهو فعليه أن يسجد للسهو

للسهو لأن هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت قال ومن شك
في صلوته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا وذلك أول ما عرض له استأنف لقوله عليه
السلام إذا شك أحدكم في صلوته أنه كم صلى فليستقبل الصلوة وإن كان
يعرض له كثيرا بنى على أكبر رأيه لقوله عليه السلام من شك في صلوته فليتحر
الصواب وإن لم يكن له رأي بنى على اليقين لقوله عليه السلام من شك في
صلوته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا بنى على الأقل والاستقبال بالسلام
أولى لأنه عرف محللا دون الكلام ومجرد النية يلغو وعند البناء على الأقل
يقعد في كل موضع يتوهم أنه آخر صلوته كيلا يصير تاركا فرض القعدة

باب صلوة المريض

إذا عجز المريض عن القيام صلى قاعدا يركع
ويسجد لقوله عليه السلام لعمران بن الحصين رضي الله عنه صل قائما فإن لم
تستطع فقاعدا فإن لم تستطع فعلى الجنب تومئ إيماء ولأن الطاعة بحسب الطاقة قال
فإن لم يستطع الركوع والسجود أومأ إيماء يعني قاعدا لأنه وسع مثله وجعل
سجوده أخفض من ركوعه لأنه قائم مقامهما فأخذ حكمهما ولا يرفع إلى وجهه
شيئا يسجد عليه لقوله عليه السلام إن قدرت أن تسجد على الأرض فاسجد وإلا
فأومئ برأسك فإن فعل ذلك وهو يخفض رأسه أجزأه لوجود الإيماء وإن وضع
ذلك على جبهته لا يجزيه لانعدامه وإن لم يستطع القعود استلقى على ظهره و
جعل رجليه إلى القبلة وأومأ بالركوع والسجود لقوله عليه السلام يصلي المريض
قائما فإن لم يستطع فقاعدا فإن لم يستطع فعلى قفاه يومئ إيماء فإن
لم يستطع فالله تعالى أحق بقبول العذر منه وإن استلقى على جنبه ووجهه إلى
القبلة جاز لما روينا من قبل إلا أن الأولى عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
لأن إشارة المستلقي تقع إلى هواء الكعبة وإشارة المضطجع على جنبه إلى جانب
قدميه وبه تتأدى الصلوة فإن لم يستطع الإيماء برأسه أخرت عنه ولا يومئ
بعينيه ولا بقلبه ولا بحاجبيه خلافا لزفر رحمه الله لما روينا من قبل ولأن نصب

الوسع بضم الواو القدرة والطاقة اختيار

الابدال بالرأي ممتنع ولا يقاس على الرأس لانه يتأدى به ركن الصلوة دون العين واختيها وقوله اخرت عنه الصلوة اشارة الى انه لا يسقط الصلوة عنه وان كان العجز اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه قال فان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعدا يومي ايماء لان ركنية القيام للتوسل به الى السجود لما فيها من نهاية التعظيم فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود قال وان صلى الصحيح بعض صلوته قائما ثم حدث به مرض تممها قاعدا يركع ويسجد او يومي ان لم يقدر او مستلقيا ان لم يقدر لانه بناء الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء قال ومن صلى قاعدا يركع ويسجد لمرض ثم صح بنى على صلوته قائما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يستقبل بناء على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم بيانه قال فان صلى بعض صلوته قائما ثم قدر على الركوع والسجود استانف عندهم جميعا لانه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومي فكذا البناء قال ومن افتتح الصلوة التطوع قائما ثم اعيا لا باس بان يتوكأ على عصا او حائط او يقعد لان هذا عذر وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب وقيل لا يكره عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لو قعد عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره الاتكاء وعندهما يكره لانه لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء وان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق وتجوز الصلوة عنده ولا تجوز عندهما وقد مر في باب النوافل قال ومن صلى في السفينة قاعدا بغير علة اجزاه عند ابي حنيفة رحمه الله والقيام افضل وقالا لا يجزيه الا من عذر لان القيام مقدور عليه فلا يترك وله ان الغالب فيها دوران الرأس وهو كالمتحقق الا ان القيام افضل لانه ابعد عن شبهة الخلاف والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة والمربوطة كالشط هو الصحيح قال ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضى وان كان اكثر من ذلك

لم يقض وهذا استحسان والقياس ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء وقت صلوة كاملة لتحقق العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان يزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو سليمان رحمه الله بخلاف النوم لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد رحمه الله لان التكرار يتحقق به وعندهما من حيث الساعات هو المأثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهم

باب سجود التلاوة

قال سجود التلاوة في القرآن اربعة عشر في آخر الاعراف وفي الرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم واذا السماء انشقت واقرأ كذا كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج للصلوة عندنا وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله لا يسأمون في قول عمر رضي الله عنه وهو المأخوذ للاحتياط قال والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع سواء قصد السماع او لم يقصد لقوله عليه السلام السجدة على من تلاها وهي كلمة ايجاب وهو غير مقيد بالقصد قال واذا تلا الامام السجدة سجدها وسجدها المأموم معه لالتزامه متابعته واذا تلا المأموم لم يسجد الامام ولا المأموم في الصلوة ولا بعد الفراغ عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسجدونها اذا فرغوا لان السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف حالة الصلوة لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة والتلاوة ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام عليه وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحائض لانهما منهيان الا انه لا يجب على الحائض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها لانعدام اهلية الصلوة بخلاف الجنب ولو سمعها رجل خارج الصلوة سجدها هو الصحيح لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم وان سمعوها وهم في الصلوة من رجل ليس معهم

في الصلوة لم يسجدها في الصلوة لانها ليست بصلوتية لان سماعهم
هذه السجدة ليس من افعال الصلوة ويسجدونها بعدها لتحقق سببها ولو
سجدوها في الصلوة لم يجزهم لانه ناقص لمكان النهي فلا يتأدى به الكامل قال
واعادوها لتحقق سببها ولم يعيدوا الصلوة لان مجرد السجدة لا ينافي
احرام الصلوة وفي النوادر انه يفسد لانهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل
هو قول محمد قال فان قرأ الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلوة فدخل معه
بعد ما سجدها الامام لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا لها بادراك تلك
الركعة وان دخل معه قبل ان يسجدها سجدها معه لانه لو لم يسمعها سجدها
معه فههنا اولى فان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب قال وكل سجدة وجبت
في الصلوة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلوة لانها صلوتية ولها مزية
الصلوة فلا يتأدى بالناقص قال ومن تلا اية السجدة فلم يسجدها حتى دخل
في الصلوة فاعادها وسجد اجزأته السجدة عن التلاوتين لان الثانية اقوى
لكونها صلوتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد اخرى بعد الفراغ لان
الاولى قوة السبق فاستوتا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت بها
قال وان تلاها فسجد ثم دخل في الصلوة فتلاها سجد لها لان الثانية
هي المستتبعة ولا وجه اليه لانه يؤدي الى سبق الحكم على السبب قال ومن كرر
تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد اجزأته سجدة واحدة فان قرأها في
مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع فقرأها سجدها ثانيا وان لم يكن سجد
للاولى فعليه سجدتان والاصل ان مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج
وهو تداخل في السبب دون الحكم وهو اليق بالعبادات والثاني بالعقوبات
وامكان التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فاذا اختلف
عاد الحكم الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض
وهو المبطل هنالك وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفي المنتقل من غصن

غصن الى غصن كذلك في الاصح وكذلك في الدياسة للاحتياط قال ولو
تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب لان السبب في حقه
السماع وكذا اذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قيل والاصح انه
لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا قال ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه
وسجد ثم كبر ورفع رأسه اعتبارا بسجدة الصلوة وهو المروي عن ابن مسعود
رضي الله عنه ولا تشهد عليه ولا سلام لان ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق
التحريمة وهي منعدمة قال ويكره ان يقرأ السورة في صلوة او غيرها ويدع
اية السجدة لانه يشبه الاستنكاف عنها ولا بأس بان يقرأ اية السجدة
ويدع ما سواها لانه مبادرة اليها قال محمد واحب الي ان يقرأ قبلها اية
او ايتين دفعا لوهم التفضيل واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين

باب صلوة المسافر

قال السفر الذي يتغير به الاحكام ان
يقصد الانسان مسيرة ثلثة ايام ولياليها بسير الابل ومشي الاقدام لقوله
عليه السلام يمسح المقيم كمال يوم وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها عمت الرخصة
الجنس ومن ضرورته عموم التقدير وقدر ابو يوسف بيومين واكثر اليوم
الثالث والشافعي رحمه الله بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة حجة عليهما
والسير المذكور هو الاوسط وعن ابي حنيفة رحمه الله التقدير بالمراحل وهو
قريب من الاول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح ولا يعتبر بالسير في الماء معناه
لا يعتبر به السير في البر فاما المعتبر في البحر ما يليق بحاله كما في الجبل قال وفرض
المسافر في الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي فرضه الاربع والقصر
رخصة اعتبارا بالصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى وان صلى اربعا
وقعد في الثانية قدر التشهد اجزأته والاخريان نافلة اعتبارا بالفجر ويصير
مسيئا لتأخير السلام وان لم يقعد في الثانية قدر التشهد بطلت لاختلاط
النافلة بها قبل اكمال اركانها قال واذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين

لأن الإقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الأثر
لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا ولا يزال على السفر حتى ينوي الإقامة في
بلد أو قرية خمسة عشر يوما أو أكثر وإن نوى أقل من ذلك قصر لأنه
لا بد من اعتبار مدة الإقامة لأن السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة
الطهر لأنهما مدتان موجبتان وهو مأثور عن ابن عباس وابن عمر
رضي الله عنهم والأثر في مثله كالخبر والتقييد في البلدة والقرية يشير
إلى أنه لا يصح نية الإقامة في المفازة وهو الظاهر ولو دخل مصرا على
عزم أن يخرج غدا أو بعد غد ولم ينو الإقامة حتى بقي على ذلك سنين
قصر لأن ابن عمر رضي الله عنه أقام بأذربيجان ستة أشهر وكان يقصر
وعن جماعة من الصحابة مثل ذلك وإذا دخل العسكر أرض الحرب فنووا
الإقامة بها قصروا وكذا إذا حاصروا فيها مدينة لأن الداخل بين أن
يهزم فيقر وبين أن يهزم فيفر فلم تكن دار إقامة وكذا إذا حاصروا
أهل البغي في دار الإسلام في غير مصر أو حاصروهم في البحر لأن حالهم مبطل
عزيمتهم وعند زفر رحمه الله يصح في الوجهين إذا كانت الشوكة لهم للتمكن
من القرار ظاهرا وعند أبي يوسف رحمه الله يصح إذا كانوا في بيوت المدر لأنه
موضع إقامة ونية الإقامة من أهل الكلأ وهم أهل الأخبية قيل لا يصح
أنهم مقيمون يروى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله لأن الإقامة أصل فلا تبطل
بالانتقال من مرعى إلى مرعى وإن اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت أتم أربعا
لأنه يتغير فرضه إلى الأربع للتبعية بالإمام كما يتغير بنية الإقامة لاتصال
المغير بالسبب وهو الوقت وإن دخل معه في فائتة لم يجزه لأنه لا يتغير
بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير بنية الإقامة فيكون اقتداء المفترض
بالمتنفل في حق القعدة أو القراءة وإن صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم
وأتم المقيمون صلاتهم لأن المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في

في بقيته كالمسبوق إلا أنه لا يقرأ في الأصح لأنه مقتد تحريمة لا فعلا
والفرض صار مؤدى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لأنه أدرك قراءة
نافلة فلم يتأد الفرض فكان الإتيان أولى قال ويستحب للإمام إذا
سلم أن يقول أتموا صلاتكم فإنا قوم سفر لأنه عليه السلام قاله حين صلى
بأهل مكة وهو مسافر وإذا دخل المسافر في مصره أتم الصلاة وإن لم
ينو الإقامة فيه لأنه عليه السلام وأصحابه كانوا يسافرون ويعودون
إلى أوطانهم مقيمين من غير عزم جديد ومن كان له وطن فانتقل منه
واستوطن غيره ثم سافر فدخل وطنه الأول قصر لأنه لم يبق وطنا
له ألا يرى أنه عليه السلام بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا
لأن الأصل أن الوطن الأصلي يبطل بمثله دون السفر ووطن الإقامة
يبطل بمثله وبالسفر وبالأصلي وإذا نوى المسافر أن يقيم بمكة ومنى
خمسة عشر يوما لم يتم الصلاة لأن اعتبار النية في موضعين يقتضي
اعتبارها في مواضع وهو ممتنع لأن السفر لا يعرى عنه إلا إذا نوى
أن يقيم بالليل في أحدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لأن إقامة المرء مضافة
إلى مبيته ومن فاتته في السفر قضاها في الحضر ركعتين ومن فاتته في
الحضر قضاها في السفر أربعا لأن القضاء بحسب الأداء والمعتبر في ذلك
آخر الوقت لأنه المعتبر في السببية عند عدم الأداء والعاصي والمطيع
في سفره سواء في الرخصة وقال الشافعي رحمه الله سفر المعصية لا يفيد
الرخصة لأنها ثبتت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب التغليظ ولنا
إطلاق النصوص ولأن نفس السفر ليس بمعصية وإنما المعصية ما
يكون بعده أو يجاوره فصلح متعلق الرخصة

باب الجمعة

لا تصح الجمعة إلا في مصر جامع أو في مصلى المصر ولا تجوز في القرى لقوله
عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع والمصر

الجامع كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود
هذا عند ابي يوسف رحمه الله وعنه انهم اذا اجتمعوا في اكبر مساجدهم
لم يسعهم والاول اختيار الكرخي وهو الظاهر والثاني اختيار الثلجي والحكم
غير مقصور على المصلى بل يجوز في افنية المصر لانها بمنزلته في حوائج اهله
ويجوز بمنى ان كان الامير امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد
بها ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة
بعرفات في قولهم جميعا لانها فضاء وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة وامير
الحجاز لان الولاية لهما اما امير الموسم فيلي امور الحج لا غير ولا يجوز اقامتها
الا للسلطان او لمن امره السلطان لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع
المنازعة في التقدم والتقديم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره
ومن شرائطها الوقت فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله عليه السلام
اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل
الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما ومنها الخطبة لان النبي عليه السلام
ما صلاها بدون الخطبة في عمره وهي قبل الصلوة بذلك وردت السنة
ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة بذلك جرى التوارث ويخطب قائما
على الطهارة لان القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلوة فيستحب فيها الطهارة
كالاذان ولو خطب قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول المقصود الا
انه يكره لمخالفته التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة فان اقتصر على ذكر الله
تعالى جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة لان
الخطبة هي الواجبة والتسبيحة او التحميدة لا تسمى خطبة وقال الشافعي لا
يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله تعالى فاسعوا الى
ذكر الله من غير فصل وعن عثمان رضي الله عنه انه قال الحمد لله فارتج عليه

عليه فنزل وصلى ومن شرائطها الجماعة لان الجمعة مشتقة منها واقلهم
عند ابي حنيفة رحمه الله ثلثة سوى الامام وقالا اثنان سوى الامام
قال رضي الله عنه والاصح ان هذا قول ابي يوسف وحده له ان في المثنى
معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلث لانه
جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم وان نفر
الناس قبل ان يركع الامام ويسجد الا النساء استقبل الظهر عند ابي حنيفة
وقالا اذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلوة صلى الجمعة فان نفروا عنه بعد
ما ركع وسجد سجدة بنى على الجمعة خلافا لزفر رحمه الله هو يقول انها شرط
فلا بد من دوامها كالوقت ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد فلا يشترط
دوامها كالخطبة ولابي حنيفة رحمه الله ان الانعقاد بالشروع في الصلوة
ولا يتم ذلك الا بتمام الركعة لان ما دونها ليس بصلوة فلا بد من دوامها
اليها بخلاف الخطبة لانها تنافي الصلوة فلا يشترط دوامها ولا معتبر ببقاء
النسوان وكذا الصبيان لانه لا تنعقد بهم الجمعة فلا تتم بهم الجماعة قال
ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امرأة ولا مريض ولا عبد ولا اعمى لان المسافر
يحرج في الحضور وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمرأة
بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر فان حضروا وصلوا مع الناس
اجزأهم عن فرض الوقت لانهم تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام ويجوز
للمسافر والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة وقال زفر رحمه الله لا يجزيه لانه
لا فرض عليه فاشبه الصبي والمرأة ولنا ان هذه رخصة فاذا حضروا تقع
فرضا عليهم على ما بيناه اما الصبي فمسلوب الاهلية والمرأة لا تصلح لامامة
الرجال وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء بطريق
الاولى ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلوة الامام ولا عذر له كره
له ذلك وجازت صلوته وقال زفر رحمه الله لا يجزيه لان عنده الجمعة هي

الفرض اصالة والظهر كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل
ولنا ان اصل الفرض هو الظهر في حق الكافة هذا هو الظاهر الا انه مأمور
باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من اداء الظهر بنفسه دون الجمعة
لتوقفها على شرايط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف فان بدا له
ان يحضرها فتوجه والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة رحمه الله بالسعي
وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد
تمامه والجمعة فوقها فينقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله
ان السعي الى الجمعة من خصائصها فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر احتياطا
بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها ويكره ان يصلي المعذور
الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال بالجمعة
اذ هي جامعة للجماعات والمعذور قد يقتدى به غيره بخلاف السواد لانه لا جمعة
عليهم ولو صلى قوم اجزاهم لاستجماع شرايطها ومن ادرك الامام يوم الجمعة
صلى معه ما ادرك وبنى عليها الجمعة لقوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا وما
فاتكم فاقضوا وان كان ادركه في التشهد او سجود السهو بنى عليها الجمعة
عندهما وقال محمد رحمه الله ان ادرك معه اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة
وان ادرك اقلها بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض
الشرايط في حقه فيصلي اربعا اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على راس الركعتين
اعتبارا للجمعة ويقرأ في الاخريين لاحتمال النفلية ولهما انه مدرك الجمعة
في هذه الحالة حتى يشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكره لانهما
مختلفان لا يبنى احدهما على تحريمة الاخر واذا خرج الامام يوم الجمعة ترك الناس
الصلوة والكلام حتى يفرغ من خطبته قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا باس بالكلام اذا خرج الامام قبل ان يخطب واذا نزل قبل ان يكبر لان
الكراهة للاخلال بفرض الاستماع ولا استماع هنا بخلاف الصلوة لانها قد تمتد

تمتد ولابي حنيفة قوله عليه السلام اذا خرج الامام فلا صلوة ولا كلام من غير
فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه الصلوة واذا اذن المؤذنون
الاذان الاول ترك الناس البيع وتوجهوا الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا
الى ذكر الله وذروا البيع واذا صعد الامام المنبر جلس واذن المؤذنون
بين يدي المنبر بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد رسول الله عليه السلام
الا هذا الاذان ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح
ان المعتبر هو الاول اذا كان بعد الزوال لحصول الاعلام به

باب العيدين

قال ويجب صلوة العيد على كل من يجب عليه الجمعة وفي الجامع الصغير
عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول سنة والثاني فريضة ولا يترك
واحد منهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على السنة والاول على الوجوب
وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وجه الاول مواظبة النبي عليه السلام عليها
وجه الثاني قوله عليه السلام في حديث الاعرابي عقيب سؤاله هل علي غيرهن
قال لا الا ان تطوع والاول اصح وتسميته سنة لوجوبه بالسنة ويستحب
في يوم الفطر ان يطعم قبل ان يخرج الى المصلى ويغتسل ويستاك ويتطيب
لما روي انه عليه السلام كان يطعم في يوم الفطر قبل ان يخرج الى المصلى وكان
يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والطيب كما في الجمعة
ويلبس احسن ثيابه لانه عليه السلام كانت له جبة فنك او صوف يلبسها
في الاعياد ويؤدي صدقة الفطر اغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلوة
ويتوجه الى المصلى ولا يكبر عند ابي حنيفة رحمه الله في طريق المصلى وعندهما
يكبر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في
الاضحى لانه يوم تكبير ولا كذلك الفطر ولا يتنفل في المصلى قبل العيد لانه عليه
السلام لم يفعل ذلك مع حرصه على الصلوة ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة
وقيل فيه وفي غيره عامة لانه عليه السلام لم يفعله واذا حلت الصلوة بارتفاع

الشمس حتى خلى وقتها الى الزوال واذا زالت الشمس خرج وقتها لانه عليه السلام
كان يصلي العيد والشمس على قدر رمح او رمحين ولما شهدوا بالهلال بعد
الزوال امر بالخروج الى المصلى من الغد ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر
في الاولى للافتتاح وثلثا بعدها ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة ويكبر تكبيرة
يركع بها ثم يبتدئ في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلثا بعدها ويكبر
رابعة يركع بها وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه وهو قولنا وقال ابن عباس
يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفي
رواية يكبر اربعا وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس رضي الله عنه لامر بنيه
الخلفاء فاما المذهب فالقول الاول لان التكبير مع رفع الايدي خلاف
المعهود فكان الاخذ بالاقل اولى ثم التكبيرات من اعلام الدين حتى يجهر بها
فكان الاصل فيه الجمع وفي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها
من حيث الفرضية والسبق وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم
اليها والشافعي اخذ بقول ابن عباس رضي الله عنه الا انه حمل المروي على الزوائد
فصارت التكبيرات عنده خمسة عشر او ستة عشر قال ويرفع يديه في تكبيرات
العيدين يريد بها ما سوى تكبيرة الركوع لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي
الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف رحمه الله
انه لا يرفع والحجة عليه ما رويناه قال ثم يخطب بعد الصلاة خطبتين بذلك
ورد النقل المستفيض ويعلم الناس صدقة الفطر واحكامها لانها شرعت
لاجله ومن فاتته صلاة العيد مع الامام لم يقضها لان الصلاة بهذه الصفة
لم تعرف قربة الا بشرائط لا تتم بالمنفرد فان غم الهلال وشهدوا عند الامام
بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد لان هذا تاخير بعذر وقد ورد فيه
الحديث فان حدث عذر يمنع من الصلاة في اليوم الثاني لم يصلها بعده
لان الاصل فيها ان لا تقضى كالجمعة الا انا تركناه بالحديث وقد ورد بالتاخير

بالتاخير الى اليوم الثاني عند العذر ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب
لما ذكرنا ويؤخر الاكل حتى يفرغ من الصلاة لما روي انه عليه السلام كان لا يطعم
في يوم النحر حتى يرجع فياكل من اضحيته ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه عليه السلام
كان يكبر في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر كذلك نقل ويخطب بعدها
خطبتين لانه عليه السلام كذلك فعل ويعلم الناس فيها الاضحية وتكبير التشريق
لانه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت الا لتعليمه فان كان عذر يمنع من الصلاة
في يوم الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك لان الصلاة
موقتة بوقت الاضحية فيتقيد بايامها لكنه مسيء في التاخير لغير عذر لمخالفة
المنقول والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء وهو ان يجتمع الناس يوم
عرفة في بعض المواضع تشبها بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف عبادة
مختصة بمكان فلا يكون عبادة دونها كسائر المناسك **فصل**
في تكبيرات ايام التشريق ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلاة الفجر من يوم عرفة ويختم
عقيب العصر من ايام التشريق والمسئلة مختلفة بين اصحابنا رضي الله عنهم فاخذا
بقول علي رضي الله عنه اخذا بالاكثر اذ هو الاحتياط في العبادات واخذ ابو حنيفة
بقول ابن مسعود رضي الله عنه اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير ان يقول
مرة واحدة الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو المأثور عن
الخليل صلوات الله عليه وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الامصار
في الجماعات المستحبة عند ابي حنيفة رحمه الله وليس على جماعة النساء اذا لم يكن معهن
رجل وقالا هو على كل من صلى المكتوبة لانه تبع للمكتوبة وله ما روينا من قبل والتشريق
هو التكبير كذا نقل عن الخليل ابن احمد ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع ورد
به عند استجماع هذه الشرائط الا انه يجب على النساء اذا اقتدين بالرجال وعلى
المسافرين عند اقتدائهم بالمقيم بطريق التبعية قال يعقوب رحمه الله صليت بهم
المغرب فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة رحمه الله دل ان الامام وان ترك التكبير لا

بعد المقتدى وهذا لانه لا يؤدى فى حرمة الصلوة فلم يكن الامام فيه حتما
وانما هو مستحب **باب صلوة الكسوف** اذا انكسفت الشمس
صلى الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة فى كل ركعة ركوع واحد وقال
الشافعى ركوعان لرواية عايشة رضى الله عنها ولنا رواية ابن عمر رضى الله
عنهما والحال انكشف للرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته ويطول القراءة فيهما
ويخفى عند ابى حنيفة وقالا يجهر وعن محمد رحمه مثل قول ابى حنيفة رحمهم الله
اما التطويل فى القراءة فبيان الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب
الوقت بالصلوة والدعاء فاذا خفف احدهما طول الاخر واما الاخفاء
والجهر فلهما رواية عايشة رضى الله عنها انه عليه السلام جهر فيها ولابى حنيفة
رحمه الله رواية ابن عباس وسمرة رضى الله عنهم والترجيح قد مر من قبل كيف
وانها صلوة النهار وهى عجماء ويدعو بعدها حتى تنجلى الشمس لقوله
عليه السلام اذا رايتم من هذه الافزاع شيئا فارغبوا الى الله بالدعاء والسنة
فى الادعية تاخيرها عن الصلوة ويصلى بهم الامام الذى يصلى بهم الجمعة
فان لم يحضر صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة وليس فى كسوف القمر
جماعة لتعذر الاجتماع بالليل او لخوف الفتنة وانما يصلى كل واحد
بنفسه لقوله عليه السلام اذا رايتم من هذه الاهوال شيئا فارغبوا الى
الصلوة وليس فى الكسوف خطبة لانه لم ينقل **باب الاستسقاء**
قال ابو حنيفة رحمه الله ليس فى الاستسقاء صلوة مسنونة فى جماعة فان صلى
الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى
فقلت استغفروا ربكم انه كان غفارا الاية ورسول الله عليه السلام استسقى ولم
يرو عنه الصلوة وقالا يصلى الامام بالناس ركعتين لما روى انه عليه السلام
صلى ركعتين كصلوة العيد رواه ابن عباس رضى الله عنهما قلنا فعله مرة
وتركه اخرى فلم يكن سنة وقد ذكر فى الاصل قول محمد رحمه الله وحده ويجهر

فيجهر فيهما بالقراءة اعتبارا بصلوة العيد ثم يخطب لما روى انه عليه السلام
خطب ثم هى كخطبة العيد عند محمد رحمه الله وعند ابى يوسف رحمه الله خطبة
واحدة ولا خطبة عند ابى حنيفة رحمه لانه تبع للجماعة ولا جماعة عنده
ويستقبل القبلة بالدعاء لما روى انه عليه السلام استقبل القبلة وحول
رداءه ويقلب رداءه لما روينا قال شيخ الاسلام رحمه هذا قول محمد رحمه
اما عند ابى حنيفة رحمه لا يقلب رداءه لانه دعاء فيعتبر بساير الادعية
وما رواه كان تفاولا ولا يقلب القوم ارديتهم لانه لم ينقل انه عليه السلام
امرهم بذلك ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء لانه لاستنزال الرحمة وانما
ينزل عليهم اللعنة **باب صلوة الخوف** اذا اشتد الخوف جعل الامام
الناس طائفتين طائفة الى وجه العدو وطائفة خلفه فيصلى بهذه الطائفة
ركعة وسجدتين فاذا رفع راسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة
الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة فيصلى بهم الامام ركعة وسجدتين
وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاولى
فصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون وتشهدوا
وسلموا ومضوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاخرى وصلوا ركعة
وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون وتشهدوا وسلموا والاصل فيه
رواية ابن مسعود رضى الله ان النبى عليه السلام صلى صلوة الخوف على الصفة
التى قلنا وابو يوسف رحمه الله وان انكر شرعيتها فى زماننا فهو محجوج عليه
بما روينا قال وان كان الامام مقيما صلى بالطائفة الاولى ركعتين
وبالطائفة الثانية ركعتين لما روى انه عليه السلام صلى الظهر بالطائفتين
ركعتين ركعتين ويصلى بالطائفة الاولى ركعتين من المغرب وبالثانية
ركعة واحدة لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها فى الاولى
اولى بحكم السبق ولا يقاتلون فى حال الصلوة فان فعلوا بطلت صلوتهم

لانه عليه السلام شغل عن اربع صلوات يوم الاحزاب ولو جاز الاداء مع القتال
لما تركها فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومئون بالركوع والسجود
الى اى جهة شاؤا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة لقوله تعالى فان خفتم
فرجالا او ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن محمد انهم يصلون بجماعة
وليس بصحيح لانعدام الاتحاد في المكان **باب الجنائز** واذا احتضر
الرجل وجه الى القبلة على شقه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف
عليه والمختار في بلادنا الاستلقاء لانه ايسر لخروج الروح والاول هو
السنة ويلقن الشهادة لقوله عليه السلام لقنوا موتاكم بشهادة ان لا اله
الا الله والمراد الذي قرب من الموت فاذا مات شد لحياه وغمض عيناه
بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه **فصل في الغسل**
واذا ارادوا الغسل وضعوه على سرير لينصب الماء عنه وجعلوا على عورته
خرقة اقامة لواجب الستر ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا ونزعوا
ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضؤه من غير مضمضة واستنشاق لان الوضوء
سنة الاغتسال غير ان اخراج الماء منه متعذر فيتركان ثم يفيضون الماء عليه
اعتبارا بحال الحيوة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما يوتر لقوله
عليه السلام ان الله تعالى وتر يحب الوتر ويغلى الماء بالسدر او بالحرض مبالغة
في التنظيف فان لم يكن فالماء القراح لحصول اصل المقصود ويغسل رأسه
ولحيته بالخطمي ليكون انظف له ثم يضجع على شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر
حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه ثم يضجع على شقه الايمن فيغسل
بالماء والسدر حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه لان السنة هو
البداية بالميامن ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا
تحرزا عن تلويث الكفن فان خرج منه شئ غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه
لان الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا يبتل

يبتل اكفانه ويجعله اى الميت في اكفانه ويجعل الحنوط على رأسه ولحيته
والكافور على مساجده لان التطييب سنة والمساجد اولى بزيادة
الكرامة ولا يسرح شعر الميت ولحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول
عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشياء للزينة
وقد استغنى الميت منها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته كالختان
فصل في التكفين السنة ان يكفن الرجل في ثلثة اثواب ازار
وقميص ولفافة لما روى انه عليه السلام كفن في ثلثة اثواب بيض سحولية
ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حيوته فكذا بعد مماته فان اقتصروا على
ثوبين جاز والثوبان ازار ولفافة وهذا كفن الكفاية لقول ابي بكر رضي الله
اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولان ادنى لباس الاحياء والازار
من القرن الى القدم واللفافة كذلك والقميص من اصل العنق فان ارادوا
لف اللفافة ابتدأ بجانب الايسر فلفوه ثم بالايمن كما في حال الحيوة
وبسطه ان يبسط اللفافة ثم يبسط عليها الازار ثم يقمص الميت
ويوضع على الازار ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم
اللفافة كذلك وان خافوا ان ينتشر الكفن عنه عقدوه صيانة عن
الكشف وتكفن المرأة في خمسة اثواب درع وخمار وازار ولفافة وخرقة
تربط فوق ثدييها لحديث ام عطية ان النبي عليه السلام اعطى اللواتي
غسلن ابنته خمسة اثواب ولانها تخرج فيها حالة الحيوة فكذلك
بعد مماتها هذا بيان كفن السنة وان اقتصروا على ثلثة اثواب جاز
وهي ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية ويكره اقل من ذلك وفي الرجل يكره
الاقتصار على ثوب واحد الا في حالة الضرورة لان مصعب بن عمير رضي الله
حين استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة وتلبس المرأة
الدرع اولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم الخمار

فوق ذلك تحت اللفافة قال ويجمر الاكفان قبل ان يدرج فيها وترا لانه
عليه السلام امر باجمار اكفان ابنته وترا والاجمار هو التطييب فاذا فرغوا
منه صلوا عليه لانها فريضة **فصل** في الصلوة على الميت واولى الناس
بالصلوة السلطان ان حضر لان في التقدم عليه ازدراء به فان لم
يحضر فالقاضي لانه صاحب ولاية فان لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي
لانه رضيه في حال حيوته قال ثم الولي والاولياء على الترتيب المذكور في
النكاح فان صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي يعني ان شاء لما ذكرنا ان
الحق للاولياء وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده لان الفرض يتادى
بالاولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا راينا الناس تركوا عن آخرهم الصلوة
على قبر رسول الله عليه السلام وهو اليوم كما وضع وان دفن الميت فلم يصل
عليه صلى على قبره لانه عليه السلام صلى على قبر امرأة من الانصار ويصلى
عليه قبل ان يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك اكبر الرأي هو الصحيح لاختلاف
الحال والزمان والمكان والصلوة ان يكبر تكبيرة يحمد الله تعالى عقيبها ثم يكبر تكبيرة
ويصلي على النبي عليه السلام ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين
ثم يكبر رابعة ويسلم لانه عليه السلام كبر اربعا في آخر صلوة صلاها فنسخت
ما قبلها ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر رحمه الله لانه منسوخ لما
لما روينا وينتظر تسليم الامام في رواية وهو المختار والاتيان بالدعوات
استغفار للميت والبداءة بالثناء ثم بالصلوة سنة الدعاء ولا يستغفر
للصبي ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا اجرا وذخرا واجعله لنا
شافعا مشفعا ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر اخرى بعد
حضوره عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يكبر حين يحضر لان الاولى
للافتتاح والمسبوق ياتي به ولهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق
لا يبتدئ بما فاته اذ هو منسوخ ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر

ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك قال ويقوم الذي يصلي على الرجل
والمرأة بحذاء الصدر لانه موضع القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام
عنده اشارة الى الشفاعة لايمانه وعن ابي حنيفة رحمه الله يقوم من الرجل بحذاء
رأسه ومن المرأة بحذاء وسطها لان انسا رضي الله عنه فعل كذلك وقال
هو السنة قلنا تأويله ان جنازتها لم يكن منعوشة فحال بينها وبينهم فان
صلوا على جنازة ركبانا اجزأهم في القياس لانه دعاء وفي الاستحسان لا يجزيهم
لانها صلوة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا
بأس بالاذن في صلوة الجنازة لان التقدم حق الولي فيملك ابطاله بتقديم
غيره وفي بعض النسخ لا بأس بالاذان اي الاعلام وهو ان يعلم بعضهم بعضا
ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقوله عليه السلام من صلى على
جنازة في المسجد فلا اجر له ولانه بني لاداء المكتوبات ولانه يحتمل تلويث المسجد
وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ ومن استهل بعد الولادة
سمي وغسل وصلي عليه لقوله عليه السلام اذا استهل المولود صلي عليه وان
لم يستهل لم يصل عليه ولان الاستهلال دلالة الحيوة فيتحقق في حقه
سنة الموتى وان لم يستهل ادرج في خرقة كرامة لبني آدم ولم يصل عليه لما
روينا ويغسل في غير الظاهر من الرواية لانه نفس من وجه وهو المختار واذا
سبي صبي مع احد ابويه فمات لم يصل عليه لانه تبع لهما الا ان يقر بالاسلام
وهو يعقل لانه صح اسلامه استحسانا او يسلم احد ابويه لانه يتبع خير الابوين
دينا وان لم يسب معه احد ابويه صلي عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم باسلامه
كما في اللقيط وان مات الكافر وله ولي مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه بذلك
امر علي رضي الله عنه في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب النجس ويلف
في خرقة ويحفر له حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه
بل يلقى **فصل** في حمل الجنازة واذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمه

الاربع بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة وزيادة الاكرام والصيانة
وقال الشافعي رحمه الله السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق على
اصل عنقه والثاني على اعلى صدره لان جنازة سعد بن معاذ رضي الله
عنه هكذا حملت قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة حتى روي انه
عليه السلام كان يمشي على رؤس اصابعه ويمشون به مسرعين دون
الخبب لانه عليه السلام حين سئل عنه فقال ما دون الخبب واذا بلغوا الى
قبره يكره ان يجلس قبل ان يوضع عن اعناق الرجال لانه قد تقع الحاجة
الى التعاون والقيام امكن منه قال وكيفية الحمل ان تضع مقدم الجنازة على
يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك
ايثارا للتيامن وهذا في حالة التناوب **فصل** في الدفن ويحفر القبر
ويلحد لقوله عليه السلام اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة
خلافا للشافعي رحمه الله فان عنده يسل سلا لما روي انه عليه السلام سل
سلا ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه واضطربت الروايات
في ادخال النبي عليه السلام فاذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى
ملة رسول الله كذا قال عليه السلام حين وضع ابا دجانة في القبر ويوجه الى
القبلة بذلك امر رسول الله عليه السلام ويحل العقدة لوقوع الامن من الانتشار
ويسوى اللبن عليه لانه عليه السلام جعل على قبره اللبن ويسجى قبر المرأة بثوب
حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر ومبنى
حال الرجال على الانكشاف ويكره الاجر والخشب لانهما لاحكام البناء والقبر
موضع البلى ثم بالاجر اثر النار فيكره تفاؤلا ولا بأس بالقصب وفي الجامع الصغير
ويستحب اللبن والقصب لانه عليه السلام جعل على قبره طن من قصب ثم يهال
التراب ويسنم القبر ولا يسطح اي لا يربع لانه عليه السلام نهى عن تربيع القبور
ومن شاهد قبر النبي اخبر انه مسنم والله اعلم **باب الشهيد** الشهيد

الشهيد من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما
ولم يجب بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء
احد وقال النبي عليه السلام فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم
فكل من قتل ظلما بالحديد وهو طاهر بالغ ولم يجب به عوض مالي فهو في
معناهم فيلحق بهم والمراد باثر الجراحة لانه دلالة القتل وكذا خروج الدم
من موضع غير معتاد كالعين ونحوه والشافعي رحمه الله يخالفنا في الصلوة
ويقول السيف محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلوة على
الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن
الدعاء كالنبي والصبي ومن قتله اهل الحرب او اهل البغاة او قطاع الطريق
فباي شيء قتلوه لم يغسل لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف
والسلاح واذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يغسل
لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني لم يجب للشهادة ولابي حنيفة
رحمه الله ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح ان
حنظلة رضي الله عنه لما استشهد جنبا غسلته الملائكة وعلى هذا الخلاف
الحائض والنفساء اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية
وعلى هذا الخلاف الصبي لهما ان الصبي احق بهذه الكرامة وله ان السيف
كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن
في معناهم ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع
عنه الفرو والحشو والقلنسوة والخف والسلاح لانها ليست من جنس
الكفن ويزيدون وينقصون ما شاؤا اتماما للكفن ومن ارتث غسل وهو
من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق الحيوة لان بذلك يخف اثر الظلم
فلم يكن في معنى شهداء احد والارتثاث ان ياكل او يشرب او ينام او يداوى
او ينقل من المعركة لانه نال بعض مرافق الحيوة وشهداء احد ماتوا عطاشا والكاس

يدار عليهم خوفا عن نقصان الشهادة الا اذا حمل من مصرعه كيلا يطأه الخيول
لانه نال شيئا من الراحة ولو اوى فسطاطا او خيمة كان مرتثا لما بيّنا ولو بقي
حيا حتى مضى وقت الصلوة وهو يعقل فهو مرتث لان تلك الصلوة تصير
دينا في ذمته وهو من احكام الاحياء قال العبد الضعيف رضي الله عنه وهذا
مروي عن ابي يوسف رحمه الله ولو اوصى بشيء من امور الآخرة كان ارتثاثا عند
ابي يوسف رحمه لانه ارتفاق وعن محمد رحمه لا يكون لانه من احكام الاموات
ومن وجد قتيلا في المصر غسل لان الواجب فيه القسامة والدية فخف اثر الظلم
الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما لان الواجب فيه القصاص وهو عقوبة
والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا او في العقبى وعند ابي يوسف ومحمد
رحمه ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات ان شاء الله ومن قتل في حد
او قصاص غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه
وشهداء احد بذلوا انفسهم لابتغاء مرضات الله تعالى فلا يلحق بهم ومن قتل
من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه لان عليا رضي الله عنه لم يصل على
البغاة **باب الصلوة في الكعبة** الصلوة في الكعبة جائزة فرضها
ونفلها خلافا للشافعي رحمه فيهما ولمالك في الفرض لان النبي عليه السلام صلى
في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت شرائطها لوجود استقبال
القبلة لان استيعابها ليس بشرط فان صلى الامام بجماعة فجعل بعضهم ظهره
الى ظهر الامام جاز لانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطأ بخلاف مسئلة
التحري ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام لم تجز صلوته لتقدمه على امامه واذا صلى
الامام في المسجد الحرام تحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلوة الامام فمن كان
منهم اقرب الى الكعبة من الامام جازت صلوته اذا لم يكن في جانب الامام لان
التقدم والتأخر انما يظهر عند اتحاد الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلوته
خلافا للشافعي لان الكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا دون

دون البناء لانه ينقل الا يرى انه لو صلى على ابي قبيس جاز ولا بناء بين يديه
الا انه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه عن النبي عليه السلام
كتاب الزكوة الزكوة واجبة على الحر العاقل البالغ المسلم
اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول اما الوجوب فلقوله تعالى
وآتوا الزكوة ولقوله عليه السلام ادوا زكوة اموالكم وعليه اجماع الامة
والمراد بالواجب الفرض لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان كمال
الملك بها والبلوغ والعقل لما نذكره والاسلام لان الزكوة عبادة
فلا تتحقق من الكافر ولا بد من ملك مقدار النصاب لان النبي عليه السلام
قدر السبب به ولا بد من الحول لانه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء
وقدرها الشرع بالحول لقوله عليه السلام لا زكوة في مال حتى يحول عليه
الحول ولانه الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول المختلفة والغالب
تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هو واجب على الفور
لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت الاداء
ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط وليس على الصبي والمجنون
زكوة خلافا للشافعي رحمه فانه يقول هي غرامة مالية فتعتبر بسائر المؤن
كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج ولنا انها عبادة فلا يتأدى
الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل
بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى
العبادة تابع ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته في بعض
الشهر في الصوم وعن ابي يوسف رحمه انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي
والعارضي وعن ابي حنيفة انه اذا بلغ مجنونا يعتبر ابتداء الحول من وقت
الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ وليس على المكاتب زكوة لانه ليس بمالك
من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن من اهل ان يعتق عبده

ومن كان عليه دين محيط بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي رحمه الله تجب
لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية
فاعتبر معدوما كالماء المستحق بالعطش وثياب البذلة والمهنة وان كان
ماله اكثر من دينه زكى الفاضل اذا بلغ نصابا لفراغه عن الحاجة والمراد
دين له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ودين
الزكوة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد الاستهلاك
خلافا لزفر فيهما ولابي يوسف رحمه الله في الثاني على ما روي عنه لان له مطالبا
وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال التجارة فان الملاك نوابه قال
وليس في دور السكنى وثياب البدن واثاث المنازل ودواب الركوب
وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكوة لانها مشغولة بالحاجة الاصلية
وليست بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها والات المحترفين لما قلنا
ومن له على اخر دين فجحده سنين ثم قامت له بينة لم يزكه لما مضى معناه
صارت له بينة بان اقر عند الناس وهي مسئلة مال الضمار وفيه خلاف زفر والشافعي
رحمهما الله ومن جملته المال المفقود والابق والضال والمغصوب اذا لم تكن
عليه بينة والمال الساقط في البحر والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه
والذي اخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب الابق
والضال والمغصوب على هذا الخلاف لهما ان السبب قد تحقق وفوات اليد
غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي رضي الله عنه لا زكوة في
مال الضمار ولان السبب هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة على التصرف
ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون في البيت نصاب لتيسر
الوصول اليه وفي المدفون في الكرم او الارض اختلاف المشايخ ولو كان الدين
على مقر ملي او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول ابتداء او بواسطة التحصيل
وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا ولو كان على

على مقر مفلس فهو نصاب عند ابي حنيفة رحمه الله لان تفليس القاضي لا
يصح عنده وعند محمد رحمه الله لا تجب لتحقق الافلاس عنده بالتفليس وابو
يوسف مع محمد رحمهما الله في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة رحمه الله في حكم
الزكوة رعاية لجانب الفقراء ومن اشترى جارية للتجارة فنواها للخدمة
بطلت عنها الزكوة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة وان نواها
للتجارة بعد ذلك لم تكن للتجارة حتى يبيعها فتكون في ثمنها الزكوة
لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر مقيما
بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا بالنية الا بالسفر فان اشترى شيئا
ونواه للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف ما اذا ورث ونوى
التجارة لانه لا عمل منه ولو ملكه بالهبة او بالوصية او النكاح او الخلع او الصلح
عن القود ونواه للتجارة كان للتجارة عند ابي يوسف رحمه الله لاقترانها
بالعمل وهو القبول وعند محمد رحمه الله لا يصير للتجارة لانها لم تقارن عمل
التجارة وقيل الاختلاف على عكسه ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية مقارنة للاداء
او مقارنة للعزل مقدار الواجب لان الزكوة عبادة فكان من شرطها
النية والاصل فيها الاقتران الا ان الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها
حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم ومن تصدق بجميع ماله
لا ينوي الزكوة سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب جزء منه
فكان متعينا فيه فلا حاجة الى التعيين ولو ادى بعض النصاب سقطت
زكوة المؤدى عند محمد رحمه الله لان الواجب شايع في الكل وعند ابي يوسف
رحمه الله لا تسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف
الاول

باب صدقة السوائم

فصل في الابل قال ليس
في اقل من خمس ذود صدقة فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها
الحول ففيها شاة الى تسع فاذا كانت عشرا ففيها شاتان الى اربع

عشرة فاذا كانت خمس عشرة ففيها ثلاث شياه الى تسع عشرة فاذا
كانت عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا بلغت خمسا
وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي طعنت في السنة الثانية الى خمس
وثلثين فاذا كانت ستا وثلثين ففيها بنت لبون وهي التي طعنت في
الثالثة الى خمس واربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة وهي
التي طعنت في الرابعة الى ستين فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة
وهي التي طعنت في الخامسة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين
ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان
الى مائة وعشرين بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه
وسلم ثم اذا زادت على مائة وعشرين تستانف الفريضة فتكون في الخمس
شاة مع الحقتين وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلاث شياه وفي
عشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين فتكون
فيها ثلاث حقاق ثم تستانف الفريضة فتكون في الخمس شاة وفي العشر
شاتان وفي خمس عشرة ثلاث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس
وعشرين بنت مخاض وفي ست وثلاثين بنت لبون فاذا بلغت مائة
وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستانف الفريضة ابدا
كما تستانف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي
رحمه الله اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا
صارت مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات
والخمسينات فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روي انه
عليه السلام كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي
كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها ولنا انه عليه السلام كتب
في آخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه فما كان اقل من ذلك ففي

ففي كل خمس خمس شاة فيعمل بالزيادة والبخت والعراب سواء في وجوب
الزكوة لان مطلق الاسم يتناولهما **فصل في البقر** ليس في اقل
من ثلثين من البقر صدقة فاذا كانت ثلثين سائمة وحال عليها الحول
ففيها تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في السنة الثانية وفي اربعين مسن
او مسنة وهي التي طعنت في الثالثة بهذا امر رسول الله صلى الله عليه وسلم
معاذا رضي الله عنه فاذا زادت على الاربعين وجب في الزيادة بقدر
ذلك الى ستين عند ابي حنيفة رحمه الله ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة
وفي الثنتين نصف عشر مسنة وهذه رواية الاصل لان العفو ثبت
نصا بخلاف القياس ولا نص هاهنا وروى الحسن عنه انه لا يجب في
الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع
لان مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل
عقد واجب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا شيء في الزيادة حتى تبلغ
ستين وهو رواية عن ابي حنيفة لقوله عليه السلام لمعاذ لا تاخذ من
اوقاص البقر شيئا وفسروه فيما بين اربعين الى ستين قلنا قد قيل ان المراد
منها الصغار قال ثم في الستين تبيعان او تبيعتان وفي سبعين مسنة
وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين ثلثة اتبعة وفي المائة تبيعان
ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشر من تبيع الى مسنة ومن مسنة
الى تبيع لقوله عليه السلام في كل ثلثين من البقر تبيع او تبيعة وفي كل
اربعين مسن او مسنة والجواميس والبقر في ذلك سواء لان الاسم يتناولهما
اذ هو نوع منه الا ان اوهام الناس لا تسبق اليه في ديارنا لقلته
ولذلك لا يحنث به في يمينه ان لا ياكل لحم بقر **فصل في الغنم**
ليس في اقل من اربعين من الغنم السائمة صدقة فاذا كانت اربعين
سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت

واحدة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلث شياه الى
اربع مائة فاذا بلغت اربع مائة ففيها اربع شياه ثم في كل مائة شاة شاة
هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي كتاب ابي بكر
رضي الله عنه وعليه انعقد الاجماع والضأن والمعز سواء لان لفظ الغنم
شامل للكل والنص ورد به ويوخذ الثني في زكوتها ولا يوخذ الجذع والثني
منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها وعن ابي حنيفة رحمه الله
وهو قولهما انه يوخذ الجذع لقوله عليه السلام انما حقنا الجذعة والثنية ولانه
يتادى به الاضحية فكذا الزكوة وجه ظاهر الرواية حديث علي رضي الله عنه
موقوفا ومرفوعا لا يوخذ في الزكوة الا الثني فصاعدا ولان الواجب هو الوسط
وهذا من الصغار ولهذا لا يجوز فيه الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف
نصا والمراد بما روي الجذعة من الابل ويوخذ في زكوة الغنم الذكور والاناث
لان اسم الشاة ينتظمهما وقد قال عليه السلام في كل اربعين شاة شاة

فصل في الخيل اذا كانت الخيل سائمة ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار
ان شاء اعطى عن كل فرس دينارا وان شاء قومها واعطى من كل مائتي درهم
خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا لا زكوة في الخيل لقوله
عليه السلام ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة وله قوله عليه السلام
في كل فرس سائمة دينار او عشرة دراهم وتاويل ما روياه فرس الغازي
هو المنقول عن زيد بن ثابت رضي الله عنه والتخيير بين الدينار والتقويم
ماثور عن عمر رضي الله عنه وليس في ذكورها منفردة زكوة لانها لا تتناسل
وكذا في الاناث المنفردات في رواية وعنه الوجوب فيها لانها تتناسل با
بالفحل المستعار بخلاف الذكور وعنه انها تجب في الذكور المنفردة ايضا قال ولا
شيء في البغال والحمير لقوله عليه السلام لم ينزل علي فيهما شيء والمقادير تثبت
سماعا الا ان تكون للتجارة لان الزكوة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر

كسائر اموال التجارة **فصل** وليس في الفصلان والحملان والعجاجيل
صدقة عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكون معها كبار وهذا آخر اقواله وهو
قول محمد رحمه الله وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول
زفر رحمه الله ومالك رحمهما الله ثم رجع وقال يجب فيها واحدة منها وهو قول ابي
يوسف والشافعي رحمهما الله وجه قوله الاول ان الاسم المذكور في الخطاب
ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما يجب في
المهازيل واحدة منها ووجه الاخير ان المقادير لا يدخلها القياس فاذا امتنع
ايجاب ما ورد به الشرع امتنع اصلا واذا كان فيها واحد من المسان جعل
الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون تادية الزكوة حتى لو هلك المسان
بعد الحول سقطت الزكوة عن الكل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الواجب
متعلق بالمسان وقد فات ثم عند ابي يوسف لا يجب فيما دون الاربعين
من الحملان وفيما دون الثلثين من العجاجيل ويجب في خمس وعشرين من
الفصلان واحد ثم لا يجب شيء حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان يثنى الواجب
ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان يثلث الواجب ولا يجب فيما دون
خمس وعشرين في رواية وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا
فصيل على هذا الاعتبار وعنه انه ينظر الى قيمة خمس فصيل في الخمس والى قيمة
شاة فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل على هذا
الاعتبار قال ومن وجب عليه سن فلم يوجد عنده اخذ المصدق اعلى منها
ورد الفضل او اخذ دونها واخذ الفضل وهذا يبتنى على ان اخذ القيمة
في الزكوة جائز عندنا على ما نذكر ان شاء الله تعالى الا ان في الوجه الاول له
ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه شراء وفي الوجه الثاني
يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيم في باب الزكوة
عندنا وكذا في الكفارة وصدقة الفطر والعشر والنذر وقال الشافعي

لا يجوز اتباعاً للمنصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الاخذ بالاولى
الصغير ايضا لا للرفق عن عو جاليه فيكون ابطالا للفقير الشاة وصار كالجزية
بخلاف الهدايا لان القربة فيها اراقة الدم وهي لا تتعقل ووجه القربة في الشاة
فيه سد خلة المحتاج وهو معقول وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة
خلافا لمالك له ظاهر النصوص ولنا قوله عليه السلام ليس في الحوامل والعوامل
ولا في البقرة المثيرة صدقة ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامة
او الاعداد للتجارة ولم يوجد ولان في العلوفة تتراكم المؤنة فينعدم النماء
معنى ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر حولها حتى لو علفها نصف الحول
او اكثر كانت علوفة لان القليل تابع للكثير ولا يأخذ المصدق خيار المال
ولا رذالته ويأخذ الوسط لقوله عليه السلام لا تأخذوا من حزرات اموال الناس
اي من كرائمها وخذوا من حواشي اموالهم اي اوساطها ولان فيه نظراً من الجانبين
ومن كان له نصاب فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به
وقال الشافعي رحمه الله لا يضم لانه اصل في حق الملك فكذا في حق الوظيفة بخلاف
الاولاد والارباح لانها تابعة للملك حتى ملكت بملك الاصل ولنا ان المجانسة
هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها يتعسر التمييز فيعسر اعتبار الحول
لكل مستفاد وما شرط الحول الا للتيسير والزكوة عند ابي حنيفة وابي يوسف
في النصاب دون العفو وقال محمد وزفر فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب
بقي كل الواجب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد وزفر رحمهما الله
يسقط بقدره لمحمد وزفر ان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما
قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة وليس في الزيادة شيء حتى تبلغ
عشراً وهكذا قال في كل نصاب فنفى الوجوب عن العفو ولان العفو تبع للنصاب
فيصرف الهلاك اولا الى التبع كالربح في مال المضاربة ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله
يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير ثم الى الذي يليه الى ان ينتهي لان الاصل

اذا كان المستخرج ذهباً او فضة فيجب فيه الزكوة ولا يشترط الحول في
قول لانه نماء كله والحول للتنمية ولنا قوله عليه السلام وفي الركاز الخمس
وهو من الركز فانطلق على المعدن ولانها كانت في ايدي الكفرة وحوتها
ايدينا غلبة فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس بخلاف الصيد لانه لم يكن
في يد احد الا ان للغانمين يداً حكمية لثبوتها على الظاهر واما الحقيقية
فللواجد واعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية في حق اربعة الاخماس
حتى كانت للواجد ولو وجد في داره معدناً فليس فيه شيء عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا فيه الخمس لاطلاق ما روينا وله انه من اجزاء الارض
مركب فيها ولا مؤنة في سائر الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان الجزء لا
يخالف الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيها وان وجده في ارضه فعن ابي
حنيفة روايتان وجه الفرق على احديهما وهي رواية الجامع الصغير
ان الدار ملكت خالية عن المؤن دون الارض ولهذا وجب العشر
والخراج في الارض دون الدار فكذا هذه المؤنة وان وجد ركازاً اي
كنزاً وجب الخمس عندهم لما روينا واسم الركاز ينطلق على الكنز بمعنى
المركز فيه وهو الاثبات ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب
عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمها في موضعها
وان كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس
على كل حال لما بينا ثم ان وجده في ارض مباحة فاربعة اخماسه للواجد
لانه تم الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين فيختص هو به وان وجده في
ارض مملوكة فكذا الحكم عند ابي يوسف رحمه الله لان الاستحقاق بتمام الحيازة
وهي منه وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله هو للمختط له وهو الذي ملكه الامام
هذه البقعة اول الفتح لانه سبقت يده اليه وهي يد الخصوص فيملك به ما
في الباطن وان كانت على الظاهر كمن اصطاد سمكة وفي بطنها درة ثم

بالبيع لم يخرج عن ملكه لانه مودع فيها بخلاف المعدن لانه من اجزائها فينتقل
الى المشتري وان لم يعرف المختط له يصرف الى اقصى مالك يعرف له في الاسلام
على ما قالوا ولو اشتبه الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لانه هو الاصل
وقيل في زماننا يجعل اسلاميا لتقادم العهد ومن دخل دار الحرب بامان
فوجد في دار بعضهم ركازا رده عليهم تحرزا عن الغدر لان ما في الدار
في يد صاحبها خصوصا وان وجده في الصحراء فهو له لانه ليس في يد
احد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه لانه بمنزلة متلصص غير مجاهر
وليس في الفيروزج الذي يوجد في الجبال خمس لقوله عليه السلام لا خمس
في الحجر وفي الزيبق الخمس في قول ابي حنيفة رحمه الله آخرا خلافا لابي يوسف رحمه الله
ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر الخمس لان عمر رضي الله عنه اخذ الخمس من العنبر
ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون الماخوذ منه غنيمة وان كان
ذهبا او فضة والمروي عن عمر رضي الله عنه فيما دسره البحر وبه نقول متاع
وجد ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس معناه وجد في ارض لا مالك لها
لانه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة **باب زكوة الزروع والثمار**
قال ابو حنيفة رحمه الله في قليل ما اخرجته الارض وكثيره العشر سواء سقي سيحا
او سقته السماء الا القصب والحطب والحشيش وقالا لا يجب العشر الا فيما
له ثمرة باقية اذا بلغ خمسة اوسق والوسق ستون صاعا بصاع النبي
عليه السلام وليس في الخضروات عندهما عشر فالخلاف في موضعين في اشتراط
النصاب وفي اشتراط البقاء لهما في الاول قوله عليه السلام ليس فيما دون
خمسة اوسق صدقة ولانه صدقة فيشترط النصاب فيه ليتحقق الغناء
ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ما اخرجته الارض ففيه العشر من غير فصل
وتاويل ما رواه زكوة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة

عند ابي حنيفة وعندهما تجب بحسابه وهي مسألة الكسور وكل دينار
عشرة دراهم في الشرع فتكون اربعة مثاقيل في هذا كاربعين درهما قال
وفي تبر الذهب والفضة وحليهما واوانيهما الزكوة وقال الشافعي لا
تجب الزكوة في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال لانه مبتذل في مباح فشابه
ثياب البذلة ولنا ان السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد
للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر بخلاف الثياب **فصل في العروض** الزكوة
واجبة في عروض التجارة كائنة ما كانت اذا بلغت قيمتها نصابا من الذهب
او الورق لقوله عليه السلام فيها يقومها فيؤدي من كل مائتي درهم خمسة دراهم
ولانه يعد للاستنماء باعداد العبد فاشبه المعد باعداد الشرع وتشترط
نية التجارة ليثبت الاعداد ثم قال يقومها بما هو انفع للفقراء والمساكين
منهما احتياطا لحق الفقراء قال رحمه الله وهذا رواية عن ابي حنيفة وفي الاصل
خيره لان الثمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء وتفسير الانفع ان يقومها
بما يبلغ نصابا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقومها بما اشترى ان كان
الثمن من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية وان اشتراها بغير النقود قومها
بالنقد الغالب وعن محمد رحمه الله انه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما
في المغصوب والمستهلك واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه
فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة لانه يشق اعتبار الكمال في اثنائه اما
لا بد منه في ابتدائه للانعقاد وتحقق الغنى وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما
بين ذلك لانه حالة البقاء ويضم قيمة العروض الى الذهب والفضة حتى يتم
النصاب لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة وان افترقت جهة الاعداد
ويضم الذهب الى الفضة للمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا
ثم يضم بالقيمة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى
ان من كان له مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما هما يقولان المعتبر

فيهما القدر دون القيمة حتى لا يجب الزكوة في مصوغ وزنه اقل من مائتين وقيمته
فوقها هو يقول ان الضم للمجانسة وهي تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة
فيضم بها **باب فيمن يمر على العاشر** اذا مر على العاشر بمال التجارة
فقال اصبته منذ اشهر او علي دين وحلف صدق والعاشر من نصبه الامام
على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار فمن انكر منهم تمام الحول او الفراغ من
الدين كان منكرا للوجوب فالقول قول المنكر مع يمينه وكذا اذا قال اديتها
الى عاشر آخر ومراده اذا كان في تلك السنة عاشر آخر لانه ادعى وضع الامانة
موضعها بخلاف ما اذا لم يكن عاشر آخر في تلك السنة لانه ظهر كذبه بيقين
وكذا لو قال اديتها انا يعني الى الفقراء في المصر لان الاداء كان مفوضا
اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية وكذا الجواب في صدقة
السوائم في ثلاثة فصول وفي الفصل الرابع وهو ما اذا قال اديت بنفسي
الى الفقراء في المصر لا يصدق وان حلف وقال الشافعي يصدق لانه اوصل
الحق الى المستحق ولنا ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف
الاموال الباطنة ثم قيل الزكوة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني
والاول ينقلب نفلا وهو الصحيح ثم فيما يصدق في السوائم واموال
التجارة لم يشترط اخراج البراءة في الجامع الصغير وشرط في الاصل وهو
رواية الحسن عن ابي حنيفة لانه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها
وجه الاول ان الخط يشبه الخط فلم يعتبر علامة وما صدق فيه المسلم صدق
فيه الذمي لان ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم فيراعى تلك الشروط
تحقيقا للتضعيف ولا يصدق الحربي الا في الجواري يقول هن امهات
اولادي لان الاخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج الى الحماية
غير ان اقراره بنسب من في يده منه صحيح فكذا بامية الولد لانها تبتنى
عليه فانعدمت صفة المالية فيهن والاخذ لا يجب الا من المال

المال ويؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر
هكذا امر عمر رضي الله عنه سعاته وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه
شيء الا ان يكونوا يأخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازات
بخلاف المسلم والذمي لان المأخوذ زكوة او ضعفها فلا بد من النصاب وهذا
في الجامع الصغير وفي كتاب الزكوة لا نأخذ من القليل وان كانوا يأخذون
منا لان القليل لم يزل عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية وان مر حربي بمائتي
درهم ولا يعلم كم يأخذون منا نأخذ منه العشر لقول عمر رضي الله عنه
فان اعياكم فالعشر وان علم انهم يأخذون منا ربع العشر او نصف العشر
نأخذ بقدره وان كانوا يأخذون الكل لا نأخذ الكل لانه غدر وان
كانوا لا يأخذون اصلا لا نأخذ منهم ليتركوا الاخذ من تجارنا ولانا احق
بمكارم الاخلاق وان مر الحربي على عاشر فعشره ثم مر مرة اخرى لم يعشره حتى
يحول عليه الحول لان الاخذ في كل مرة استيصال المال وحق الاخذ لحفظه
ولان حكم الامان الاول باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه لا يمكن
من المقام الا حولا فالاخذ بعده لا يستاصل المال فان عشره فرجع الى
دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره ايضا لانه رجع بامان جديد
وكذا الاخذ بعده لا يفضي الى الاستيصال لوجود التفع بالرجوع في كل
مرة فان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير وقوله عشر الخمر اي
من قيمتها وقال الشافعي رحمه الله لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال زفر رحمه الله
يعشرهما لاستوائهما عندهم في المالية وقال ابو يوسف يعشرهما اذا مر
بهما جملة كانه جعل الخنزير تبعا للخمر وان مر بكل واحد على الانفراد عشر
الخمر دون الخنزير ووجه الفرق على الظاهر ان القيمة في ذوات القيم لها
حكم العين والخنزير منها وفي ذوات الامثال ليس لها هذا الحكم والخمر
منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل فكذا يحميها

على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالاسلام فكذا لا يحميه على
غيره ولو مر صبي او امرأة من بني تغلب بمال فليس على الصبي شيء في ماله
وعلى المرأة ما على الرجل لما ذكرنا في السوائم ومن مر على العاشر بمائة درهم
واخبره ان له في منزله مائة اخرى قد حال عليها الحول لم يزك المائة التي
مر بها لقلتها وما في بيته لم يدخل تحت حمايته ولو مر بمائتي درهم بضاعة
لم يعشرها لانه غير مأذون له باداء زكوتها وكذا المضاربة يعني اذا مر المضارب
به على العاشر وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا يعشرها لقوة حق المضارب حتى
لا يملك رب المال نهيه عن التصرف فيه بعد ما صار عروضا فنزل منزلة المالك
ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب وهو قولهما لانه ليس بمالك ولا نائب عنه في
اداء الزكوة الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيؤخذ منه لانه
مالك له ولو مر عبد مأذون له بمائتي درهم وليس عليه دين عشره وقال
ابو يوسف رحمه الله لا ادري ان ابا حنيفة رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني
في المضاربة وهو قولهما انه لا يعشره لان الملك فيما في يده للمولى وله التصرف
فصار كالمضارب وقيل في الفرق بينهما ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع
بالعهدة على المولى وكان هو المحتاج الى الحماية والمضارب يتصرف بحكم النيابة
حتى يرجع بالعهدة على رب المال فكان رب المال هو المحتاج الى الحماية فلا
يكون الرجوع في المضارب رجوعا منه في العبد وان كان مولاه معه يؤخذ
منه لان الملك له الا اذا كان على العبد دين يحيط بماله لانعدام الملك او للشغل
قال ومن مر على عاشر الخوارج في ارض قد غلبوا عليها فعشره تثنى عليه
الصدقة معناه اذا مر على عاشر اهل العدل لان التقصير من جهته حيث انه
مر عليه **باب في المعادن والركاز** قال معدن ذهب او فضة
او رصاص او حديد او صفر وجد في ارض خراج او عشر ففيه الخمس عندنا
وقال الشافعي لا شيء عليه لانه مباح سبقت يده اليه كالصيد الا اذا

الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع له وعند ابي يوسف رحمه الله يصرف
الى العفو اولا ثم الى النصاب شايعا واذا اخذ الخوارج الخراج وصدقة السوائم
لا يثنى عليهم لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا بان يعيدوها
دون الخراج لانهم مصارف الخراج لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة
والزكوة مصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق
عليهم سقطت عنه وكذا الدفع الى كل جائر لانهم بما عليهم من التبعات
فقراء والاول احوط وليس على الصبي من بني تغلب في سائمته شيء وعلى
المرأة ما على الرجل منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ من المسلمين
ويؤخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم وان هلك المال بعد وجوب
الزكوة سقطت عنه الزكوة وقال الشافعي رحمه الله يضمن اذا هلك بعد التمكن من
الاداء لان الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر ولانه منع بعد الطلب
فصار كالاستهلاك ولنا ان الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير فيسقط
بهلاك محله كدفع العبد الجاني بالجناية تسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه
المالك ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعي قيل يضمن وقيل لا
يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك وجد التعدي وفي هلاك البعض
تسقط بقدره اعتبارا له بالكل وان قدم الزكوة على الحول وهو مالك للنصاب
جاز لانه ادى بعد وجود سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه
خلاف مالك ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب اذا
كان في ملكه نصاب واحد خلافا لزفر رحمه الله لان النصاب الاول هو الاصل
في السببية والزايد عليه تابع له **باب زكوة المال فصل**
في الفضة ليس في ما دون مائتي درهم صدقة لقوله عليه السلام ليس
فيما دون خمس اواق صدقة والاوقية اربعون درهما فاذا كانت
مائتي درهم وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم وفي كل عشرين لانه

عليه السلام كتب الى معاذ رضي الله عنه ان خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم
ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال قال ولا شيء في الزيادة
حتى تبلغ اربعين درهما فيكون فيها درهم ثم في كل اربعين درهما
درهم وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال صاحباه ما زاد على المائتين
فزكوته بحسابه وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام في حديث علي رضي الله عنه
وما زاد على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال
واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغنى وبعد النصاب في السوائم تحرزا عن
التشقيص ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام في حديث معاذ رضي الله عنه
لا تأخذ من الكسور شيئا وقوله عليه السلام في حديث عمرو بن حزم ليس
فيما دون الاربعين صدقة ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب الكسور
ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو ان يكون العشرة
منها وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رضي الله عنه
واستقر الامر عليه واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة
واذا كان الغالب الغش فهو في حكم العروض يعتبر ان يبلغ قيمته نصابا
لان الدراهم لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير
فجعلنا الغلبة فاصلة وهو ان يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره
في الصرف ان شاء الله تعالى الا ان في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في
سائر العروض الا اذا كان تخلص منها فضة تبلغ نصابا لانه لا تعتبر في
عين الفضة القيمة ولا نية التجارة **فصل في الذهب** ليس فيما دون
عشرين مثقالا صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا ففيها نصف مثقال
لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف
ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر وذلك فيما قلنا
اذ كل مثقال عشرون قيراطا وليس فيما دون اربعة مثاقيل صدقة عند

وقيمة الوسق اربعون درهما ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا
لا يشترط الحول لان الحول للاستنماء وهو نماء كله وله في الثاني قوله عليه السلام ليس
في الخضروات صدقة والزكوة غير منفية فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما
محمول على صدقة يأخذها العاشر وبه اخذ ابو حنيفة رحمه الله فيه ولان الارض
قد تستنمى بما لا يبقى والسبب هي الارض النامية ولهذا يجب فيه الخراج
اما الحطب والقصب والحشيش فلا يستنبت في الجنان عادة بل ينفى عنها
حتى لو اتخذها مقصبة او مشجرة او منبتا للحشيش يجب فيها العشر والمراد
بالمذكور القصب الفارسي اما قصب السكر وقصب الذريرة ففيهما العشر
لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف والتبن لان المقصود
الحب والتمر دونهما وما سقي بغرب او دالية او سانية ففيه نصف العشر
على القولين لان المؤنة تكثر فيه وتقل فيما يسقى بماء السماء او سيحا وان سقي
سيحا وبدالية فالمعتبر اكثر السنة كما مر في السائمة وقال ابو يوسف رحمه الله
فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر اذا بلغت قيمته قيمة خمسة [من ادنى ما يوسق]
اوسق كالذرة في زماننا لانه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته
كما في قيمة عروض التجارة وقال محمد يجب العشر اذا بلغ الخارج خمسة اعداد
من اعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة احمال كل حمل ثلثمائة من
وفي الزعفران خمسة امناء لان التقدير بالوسق كان باعتبار انه اعلى ما
يقدر به وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر وقال الشافعي رحمه الله لا يجب
لانه متولد من الحيوان فاشبه الابريسم ولنا قوله عليه السلام في العسل العشر
ولان النحل يتناول من الانوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف
دود القز لانه يتناول الاوراق ولا عشر فيها ثم عند ابي حنيفة يجب فيه
العشر قل او كثر لانه لا يعتبر النصاب وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر القيمة فيه
كما هو اصله وعنه انه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني شبابة انهم كانوا

يؤدّون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك وعنه خمسة امناء وعن محمد
افراق كل فرق ستة وثلثون رطلاً لانه اقصى ما يقدر به وكذا في قصب
السكر وما يوجد في الجبال من العسل والثمار ففيه العشر وعن ابي يوسف رحمه
انه لا يجب لانعدام السبب وهي الارض النامية وجه الظاهر ان المقصود
حاصل وهو الخارج وكل شيء اخرجته الارض مما فيه العشر لا يحتسب اجر العمال
ونفقة البقر لان النبي عليه السلام حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة فلا
معنى لرفعها تغلبي له ارض عشر عليه العشر مضاعفاً عرف ذلك باجماع الصحابة
رضوان الله عليهم اجمعين وعن محمد ان فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشراً
واحداً لان الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك وان اشتراها منه ذمي فهي على حالها
عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر على العاشر وكذا اذا اشتراها
منه مسلم او اسلم التغلبي عند ابي حنيفة سواء كان التضعيف حادثاً
او اصلياً لان التضعيف صار وظيفة لها فينتقل الى المسلم بما فيها
كالخراج وقال ابو يوسف رحمه يعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف
قال في الكتاب وهو قول محمد رحمه الله فيما صح عنه قال رحمه الله اختلف النسخ
في بيان قوله والصحيح انه مع ابي حنيفة رحمه الله في بقاء التضعيف الا ان
قوله لا يتاتى الا في الاصلي لان التضعيف الحادث لا يتحقق عنده لعدم
تغير الوظيفة ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني يريد به ذمياً غير تغلبي
وقبضها فعليه الخراج عند ابي حنيفة لانه اليق بحال الكافر وعند ابي يوسف
عليه العشر مضاعفاً ويصرف مصرف الخراج اعتباراً بالتغلبي وهذا اهون
من التبديل وعند محمد هي عشرية على حالها لانها صارت مؤنة لها فلا تتبدل
كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات وفي رواية مصارف الخراج
فان اخذها منه مسلم بالشفعة او ردت على البائع لفساد البيع فهي عشرية
كما كانت اما الاول فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه اشتراها منه واما الثاني فلانه

بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان حق المسلم
لم ينقطع بهذا الشراء لكونه مستحق الرد واذا كانت لمسلم دار خطة
فجعلها بستاناً فعليه العشر معناه اذا سقاه بماء العشر واما اذا كانت
تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لان المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء وليس
على المجوسي في داره شيء لان عمر رضي الله عنه جعل المساكن عفواً وان جعلها
بستاناً فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر ايجاب العشر اذ فيه معنى
القربة فتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر
في الماء العشري الا ان عند محمد رحمه عشر واحد وعند ابي يوسف عشران
وقد مر الوجه ثم الماء العشري ماء السماء والابار والعيون والبحار التي لا تدخل
تحت ولاية احد والماء الخراجي الانهار التي شقها الاعاجم وماء جيحون
وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد رحمه لانه لا يحميها احد كالبحار
وخراجي عند ابي يوسف رحمه لانه يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا
يد عليها وفي ارض الصبي والمراة التغلبيين ما في ارض الرجل التغلبي يعني
العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية لان الصلح قد جرى
على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمراة اذا كانا من
المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم وليس في عين القير والنفط
في ارض العشر شيء لانه ليس من انزال الارض وانما هو عين فوارة كعين ماء
وعليه في ارض الخراج خراج قال رحمه الله وهذا اذا كان حريمها صالحاً للزراعة
لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

الاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات
للفقراء والمساكين الاية فهذه ثمانية اصناف وقد سقط منها المؤلفة
قلوبهم لان الله تعالى اعز الاسلام واغنى عنهم وعلى ذلك انعقد الاجماع و
الفقير من له ادنى شيء والمسكين من لا شيء له وهذا مروي عن ابي حنيفة

عليه السلام كتب الى معاذ رضي الله عنه ان خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم
ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال قال ولا شيء في الزيادة
حتى تبلغ اربعين درهما فيكون فيها درهم ثم في كل اربعين درهما
درهم وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال صاحباه ما زاد على المائتين
فزكوته بحسابه وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام في حديث علي رضي الله عنه
وما زاد على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال
واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغنا وبعد النصاب في السوائم تحرزا عن
التشقيص ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام في حديث معاذ رضي الله عنه
لا تاخذ من الكسور شيئا وقوله عليه السلام في حديث عمرو بن حزم ليس
فيما دون الاربعين صدقة ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب الكسور
ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو ان يكون العشرة
منها وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رضي الله عنه و
استقر الامر عليه واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة
واذا كان الغالب الغش فهو في حكم العروض يعتبر ان يبلغ قيمته نصابا
لان الدراهم لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير
فجعلنا الغلبة فاصلة وهو ان يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره
في الصرف ان شاء الله تعالى الا ان في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في
ساير العروض الا اذا كان تخلص منها فضة تبلغ نصابا لانه لا تعتبر في
عين الفضة القيمة ولا نية التجارة **فصل في الذهب** ليس فيما دون
عشرين مثقالا صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا ففيها نصف مثقال
لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو معروف
ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر وذلك فيما قلنا
اذ كل مثقال عشرون قيراطا وليس فيما دون اربعة مثاقيل صدقة عند

وقيمة الوسق اربعون درهما ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغنا ولهذا
لا يشترط الحول لانه للاستنماء وهو نماء كله ولهما في الثاني قوله عليه السلام ليس
في الخضروات صدقة والزكوة غير منفية فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما
محمول على صدقة يأخذها العاشر وبه اخذ ابو حنيفة رحمه الله فيه ولان الارض
قد تستنمى بما لا يبقى والسبب هي الارض النامية ولهذا يجب فيه الخراج
اما الحطب والقصب والحشيش فلا يستنبت في الجنان عادة بل ينفى عنها
حتى لو اتخذها مقصبة او مشجرة او منبتا للحشيش يجب فيها العشر والمراد
بالمذكور القصب الفارسي اما قصب السكر وقصب الذريرة ففيهما العشر
لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف والتبن لان المقصود
الحب والتمر دونهما وما سقي بغرب او دالية او سانية ففيه نصف العشر
على القولين لان المؤنة تكثر فيه وتقل فيما يسقى بماء السماء او سيحا وان سقي
سيحا وبدالية فالمعتبر اكثر السنة كما مر في السائمة وقال ابو يوسف رحمه الله
فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر اذا بلغت قيمته قيمة خمسة
من ادنى ما يوسق
اوسق كالذرة في زماننا لانه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته
كما في عروض التجارة وقال محمد يجب العشر اذا بلغ الخارج خمسة اعداد
من اعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة احمال كل حمل ثلثمائة من
وفي الزعفران خمسة امناء لان التقدير بالوسق كان باعتبار انه اعلى ما
يقدر به وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر وقال الشافعي رحمه الله لا يجب
لانه متولد من الحيوان فاشبه الابريسم ولنا قوله عليه السلام في العسل العشر
ولان النحل يتناول من الانوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف
دود القز لانه يتناول الاوراق ولا عشر فيها ثم عند ابي حنيفة يجب فيه
العشر قل او كثر لانه لا يعتبر النصاب وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر فيه القيمة
كما هو اصله وعنه انه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني شبابة انهم كانوا

يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك وعند محمد خمسة امناء وعن محمد
افراق كل فرق ستة وثلثون رطلا لانه اقصى ما يقدر به وكذا في قصب
السكر وما يوجد في الجبال من العسل والثمار ففيه العشر وعن ابي يوسف رحمه
انه لا يجب لانعدام السبب وهي الارض النامية وجه الظاهر ان المقصود
حاصل وهو الخارج وكل شيء اخرجته الارض مما فيه العشر لا يحتسب اجر العمال
ونفقة البقر لان النبي عليه السلام حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة فلا
معنى لرفعها تغلبي له ارض عشر عليه العشر مضاعفة عرف ذلك باجماع الصحابة
رضوان الله عليهم اجمعين وعن محمد ان فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشرا
واحدا لان الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك وان اشتراه منه ذمي فهي على حالها
عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر على العاشر وكذا اذا اشتراها
منه مسلم او اسلم التغلبي عند ابي حنيفة سواء كان التضعيف حادثا
او اصليا لان التضعيف صار وظيفة لها فينتقل الى المسلم بما فيها
كالخراج وقال ابو يوسف رحمه يعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف
قال في الكتاب وهو قول محمد رحمه الله فيما صح عنه قال رحمه الله اختلف النسخ
في بيان قوله والاصح انه مع ابي حنيفة رحمه الله في بقاء التضعيف الا ان
قوله لا يتاتى الا في الاصلي لان التضعيف الحادث لا يتحقق عنده لعدم
تغير الوظيفة ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني يريد به ذميا غير تغلبي
وقبضها فعليه الخراج عند ابي حنيفة لانه اليق بحال الكافر وعند ابي يوسف
عليه العشر مضاعفا ويصرف مصرف الخراج اعتبارا بالتغلبي وهذا اهون
من التبديل وعند محمد هي عشرية على حالها لانها صارت مؤنة لها فلا تتبدل
كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات وفي رواية مصارف الخراج
فان اخذها منه مسلم بالشفعة او ردت على البايع لفساد البيع فهي عشرية
كما كانت اما الاول فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه اشتراها منه واما الثاني فلانه

فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان حق المسلم
لا ينقطع بهذا الشراء لكونه مستحق الرد واذا كانت لمسلم دار خطة
فجعلها بستانا فعليه العشر معناه اذا سقاه بماء العشر واما اذا كانت ت
سقى بماء الخراج ففيها الخراج لان المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء وليس
على المجوسي في داره شيء لان عمر رضي الله عنه جعل المساكن عفوا وان جعلها
بستانا فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر ايجاب العشر اذ فيه معنى
القربة فيتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر
في الماء العشري الا ان عند محمد رحمه عشرا واحدا وعند ابي يوسف عشران
وقد مر الوجه ثم الماء العشري ماء السماء والابار والعيون والبحار التي لا تدخل
تحت ولاية احد والماء الخراجي ماء الانهار التي شقها الاعاجم وماء جيحون
وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد رحمه لانه لا يحميها احد كالبحار
وخراجي عند ابي يوسف رحمه لانه يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا
يد عليها وفي ارض الصبي والمرأة التغلبيين ما في ارض الرجل التغلبي يعني
العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية لان الصلح قد جرى
على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمرأة اذا كانا من
المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم وليس في عين القير والنفط
في ارض العشر شيء لانه ليس من انزال الارض وانما هو عين فوارة كعين ماء
وعليه في ارض الخراج خراج قال رحمه الله وهذا اذا كان حريمها صالحا للزراعة
لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة **باب من يجوز
دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز** الاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات
للفقراء والمساكين الاية فهذه ثمانية اصناف وقد سقط منها المؤلفة
قلوبهم لان الله تعالى اعز الاسلام واغنى عنهم وعلى ذلك انعقد الاجماع
والفقير من له ادنى شيء والمسكين من لا شيء له وهذا مروي عن ابي حنيفة

وقد قيل على العكس ولكل وجه ثم هما صنفان أو صنف واحد سنذكره
في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى والعامل يدفع إليه الإمام إن عمل بقدر عمله
فيعطيه ما يسعه وأعوانه غير مقدر بالثمن خلافا للشافعي رحمه الله
لأن استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا يأخذ وإن كان غنيا إلا أن فيه
شبهة الصدقة فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول
عليه السلام عن شبهة الوسخ والغني لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم تعتبر
الشبهة في حقه وفي الرقاب يعان المكاتبون منها في فك رقابهم هو
المنقول والغارم من لزمه دين ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه وقال
الشافعي رحمه من تحمل غرامة في إصلاح ذات البين في إطفاء النائرة بين
القبيلتين وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند أبي يوسف رحمه لأنه المتفاهم
عند الإطلاق وعند محمد رحمه منقطع الحاج لما روي أن رجلا جعل بعيرا
له في سبيل الله تعالى فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحمل عليه الحاج ولا
تصرف إلى أغنياء الغزاة عندنا لأن المصرف هو الفقراء وابن السبيل من كان له
مال في وطنه وهو في مكان لا شيء له فيه فهذه جهات الزكاة فللمالك أن يدفع
إلى كل واحد منهم وله أن يقتصر على صنف واحد وقال الشافعي رحمه لا يجوز
إلا أن يصرف إلى ثلاثة من كل صنف لأن الإضافة بحرف اللام للاستحقاق ولنا
أن الإضافة لبيان أنهم مصارف لا لإثبات الاستحقاق وهذا لما عرف أن
الزكاة حق الله تعالى وبعلة الفقر صاروا مصارف فلا يبالي باختلاف جهاته
والذي ذهبنا إليه مروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ولا يجوز أن يدفع
الزكاة إلى ذمي لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذها من أغنيائهم وردها
في فقرائهم ويدفع إليه ما سوى ذلك من الصدقة وقال الشافعي رحمه لا يدفع
وهو رواية عن أبي يوسف رحمه اعتبارا بالزكاة ولنا قوله عليه السلام تصدقوا
على أهل الأديان كلها ولولا حديث معاذ رضي الله عنه لقلنا بالجواز في الزكاة ولا

يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام التمليك وهو الركن ولا
يقضى بها دين ميت لأن قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه لا سيما من
الميت ولا يشترى بها رقبة تعتق خلافا لمالك ذهب إليه في تأويل قوله تعالى
وفي الرقاب ولنا أن الإعتاق إسقاط الملك وليس بتمليك ولا تدفع إلى غني
لقوله عليه السلام لا تحل الصدقة لغني وهو بإطلاقه حجة على الشافعي رحمه في
غني الغزاة وكذا حديث معاذ رضي الله عنه على ما روينا ولا يدفع المزكي زكوته
إلى أبيه وجده وإن علا ولا إلى ولده وولد ولده وإن سفل لأن منافع
الأملاك بينهم متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا إلى امرأته للاشتراك
في المنافع عادة ولا تدفع المرأة إلى زوجها عند أبي حنيفة لما ذكرنا وقالا تدفع
إليه لقوله عليه السلام لك أجران أجر الصدقة وأجر الصلة قاله لامرأة ابن مسعود رضي الله
عنه وقد سألته عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة ولا يدفع إلى مكاتبه
ومدبره وأم ولده لفقدان التمليك إذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب
مكاتبه فلم يتم التمليك ولا إلى عبد قد أعتق بعضه عند أبي حنيفة رحمه لأنه بمنزلة
المكاتب عنده وقالا يدفع إليه لأنه حر مديون عندهما ولا إلى مملوك غني
لأن الملك واقع لمولاه ولا إلى ولد غني إذا كان صغيرا لأنه يعد غنيا
بيسار أبيه بخلاف ما إذا كان كبيرا فقيرا لأنه لا يعد غنيا بيسار أبيه
وإن كانت نفقته عليه وبخلاف امرأة الغني لأنها إذا كانت فقيرة لا
تعد غنية بيسار زوجها وبقدر النفقة لا تصير موسرة ولا تدفع إلى
بني هاشم لقوله عليه السلام يا بني هاشم إن الله تعالى حرم عليكم غسالة
الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف التطوع لأن المال
هنا كالماء يتدنس بإسقاط الفرض أما التطوع فبمنزلة التبرد بالماء
قال وهم آل علي وآل عباس وآل عقيل وآل جعفر وآل الحارث بن
عبد المطلب ومواليهم أما هؤلاء فلأنهم ينسبون إلى هاشم بن عبد

مناف ونسبة القبيلة اليه واما مواليهم فلما روي ان مولى لرسول الله
صلى الله عليه وسلم سأله ايحل لي الصدقة قال لا انت مولانا بخلاف ما اذا
اعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث تؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق
لانه القياس فالالحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة وقال ابو
حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا دفع الزكوة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان انه غني او
كافر او هاشمي او دفع في ظلمة الى فقير فبان انه ابوه او ابنه فلا اعادة
عليه وقال ابو يوسف رحمه الله عليه الاعادة لظهور خطائه بيقين وامكان
الوقوف على هذه الاشياء فصار كالاواني والثياب ولهما حديث معن
بن يزيد فانه قال فيه يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وقد دفع
اليه وكيل ابيه صدقته ولان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دون
القطع فيبنى الامر فيها على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة وعن
ابي حنيفة رحمه الله في غير الغني انه لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى
ودفع وفي اكبر رأيه انه مصرف اما اذا شك ولم يتحر او تحرى فدفع وفي اكبر
رأيه انه ليس بمصرف لا يجزيه الا اذا علم انه فقير هو الصحيح ولو دفع الى شخص
ثم علم انه عبده او مكاتبه لا يجزيه بالاجماع لانعدام التمليك لعدم اهلية
الملك وهو الركن على ما مر ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك نصابا من اي مال كان
لان الغنى الشرعي مقدر به والشرط ان يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية
وانما النماء شرط الوجوب ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان كان صحيحا
مكتسبا لانه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها
فادير الحكم على دليلها وهو فقد النصاب ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم
فصاعدا وان دفع جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان الغنى قارن الاداء فحصل
الاداء الى الغني ولنا ان الغنى حكم الاداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغنى منه كمن
صلى وبقربه نجاسة قال وان تغني بها انسانا احب الي معناه الاغناء عن

عن المسئلة في يومه ذلك لان الاغناء مطلقا مكروه ويكره نقل الزكوة من
بلد الى بلد وانما تفرق صدقة كل قوم فيهم لما روينا فيه من حديث معاذ
وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقلها الانسان الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل
بلده لما فيه من الصلة او زيادة دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم اجزاه وان كان
مكروها لان المصرف مطلق الفقراء بالنص

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه
وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده اما وجوبها فلقوله عليه السلام في خطبته
ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا
من شعير رواه ثعلبة بن صعير العدوي او صعير العذري وبمثله يثبت الوجوب
لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام ليقع قربة واليسار
لقوله عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي في قوله
تجب على من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب
لتقدير الغنى في الشرع به فاضلا عما ذكرنا من الاشياء لانها مستحقة بالحاجة
الاصلية كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة
ووجوب الاضحية والفطر قال يخرج ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر رضي الله
عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكوة الفطر على الذكر والانثى
الحديث ويخرج عن اولاده الصغار لان السبب رأس يمونه ويلي عليه لانها
تضاف اليه يقال زكوة الرأس وهي امارة السببية والاضافة الى الفطر
باعتبار انه وقته ولهذا يتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب
رأسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كاولاده الصغار
لانه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا اذا كانوا
للخدمة ولا مال للصغار فان كان لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد لان الشرع اجراه مجرى المؤنة فاشبه النفقة

ولا يؤدي عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة فانه لا يليها في غير حقوق
النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا عن اولاده الكبار وان كانوا
في عياله لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن زوجته بغير امرهم اجزأهم استحسانا
لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه
لفقره وفي المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة عليهما فيخرج عنهما ولا يخرج عن
مماليكه للتجارة خلافا للشافعي رحمه فان عنده وجوبها على العبد ووجوب
الزكوة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكوة فيؤدي
الى الثنى قال والعبد بين شريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة
في حق كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين عند ابي حنيفة رحمه وقالا على كل
واحد منهما ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق
وهما يريانها وقيل هو بالاجماع لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم
الرقبة لكل واحد منهما ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا
ولقوله عليه السلام في حديث ابن عباس ادوا عن كل حر وعبد يهودي
او نصراني او مجوسي الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف
الشافعي لان الوجوب عنده على العبد وهو ليس من اهله ولو كان على العكس
فلا وجوب بالاتفاق ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له
معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق وقال زفر على من له الخيار لان الولاية له
وقال الشافعي رحمه على من له الملك لانه من وظايفه كالنفقة ولنا ان الملك
موقوف لانه لو رد يعود الى قديم ملك البايع ولو اجيز يثبت الملك للمشتري
من وقت العقد فيتوقف ما يبتنى عليه بخلاف النفقة لانها للحاجة الناجزة فلا
تقبل التوقف وزكوة التجارة على هذا الخلاف

فصل في مقدار الواجب

ووقته الفطرة نصف صاع من بر او دقيق او سويق او زبيب او صاع من
تمر او شعير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الزبيب بمنزلة الشعير وهو

رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه والاول رواية الجامع الصغير وقال الشافعي
من جميع ذلك صاع لحديث ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال كنا نخرج ذلك
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة
من الصحابة رضي الله عنهم فيهم الخلفاء الراشدون وما رواه محمول على الزيادة
تطوعا ولهما في الزبيب انه والتمر يتقاربان في المقصود وله انه والبر
يتقاربان في المعنى لانه يؤكل كل واحد منهما ويلقى من التمر النواة ومن الشعير
النخالة وبهذا ظهر التفاوت بين البر والتمر ومراده من الدقيق والسويق
ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير فكالشعير والاولى ان يراعى فيهما القدر
والقيمة احتياطا وان نص على الدقيق في بعض الاخبار ولم يبين ذلك
في الكتاب اعتبارا للغالب والخبز يعتبر فيه القيمة هو الصحيح ثم يعتبر نصف
صاع من بر وزنا فيما يروى عن ابي حنيفة وعن محمد انه يعتبر كيلا والدقيق
اولى من البر والدراهم اولى من الدقيق فيما يروى عن ابي يوسف رحمه وهو اختيار
الفقيه ابي جعفر لانه ادفع للحاجة واعجل به وعن ابي بكر الاعمش تفضيل الحنطة
لانه ابعد من الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي رحمه الله والصاع عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ثمانية ارطال بالعراقي وقال ابو يوسف رحمه خمسة
ارطال وثلث رطل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام صاعنا اصغر
الصيعان ولنا ما روي انه عليه السلام كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل
بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنه وهو اصغر من الهاشمي
وكانوا يستعملون الهاشمي قال ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم
الفطر وقال الشافعي رحمه بغروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان
حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر يجب فطرته عندنا وعنده لا يجب وعلى
عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده لا يجب عندنا وعنده يجب له انه
يختص بالفطر وهذا وقته ولنا ان الاضافة للاختصاص واختصاص الفطر

باليوم دون الليل ويستحب ان يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج
الى المصلى لانه عليه السلام كان يخرج قبل ان يخرج ولان الامر بالاغناء وهو
قوله عليه السلام اغنوهم عن المسألة في هذا اليوم كيلا يتشاغل الفقير بالمسألة
عن الصلوة وذلك بالتقديم فان قدموها قبل يوم الفطر جاز لانه ادى بعد
تقرر السبب فاشبه التعجيل في الزكوة ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح
فان اخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم اخراجها لان وجه القربة
فيها معقول ولا يتقدر وقت الاداء فيها بخلاف الاضحية **كتاب**
الصوم قال الصوم ضربان واجب ونفل فالواجب ضربان منه ما يتعلق
بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين فيجوز بنية من الليل فان لم
ينو حتى اصبح اجزأته النية ما بينه وبين الزوال وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه
اعلم ان صوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته
انعقد الاجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا
نذورهم وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره وكل يوم
سبب وجوب صومه وسبب الثاني النذر والنية من شرطه وسنبينه وتفسيره
ان شاء الله تعالى وجه قوله في الخلافية قوله عليه السلام لا صيام لمن لم ينو
الصيام من الليل ولانه لما فسد الجزء الاول لفقد النية فسد الثاني ضرورة
انه لا يتجزى بخلاف النفل لانه متجز عنده ولنا قوله عليه السلام بعدما شهد
الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم
وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل
حتى لو نوى في نصف النهار انه صائم من حين نوى لا من اول اليوم لا يصير صائما
عندنا ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتاخرة المقترنة
باكثره كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد والنية لتعيينه لله تعالى
فتترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلوة والحج لان لهما اركانا فيشترط قرانها

قرانها بالعقد على ادائهما بخلاف القضاء لانه يتوقف على صوم ذلك اليوم
وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لانه لم يوجد اقترانها بالاكثر فترجحت جنبة
الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف
النهار وهو الاصح لانه لا بد من وجود النية في اكثر النهار ونصفه من وقت
طلوع الفجر الى وقت الضحوة الكبرى لا وقت الزوال فتشترط النية قبلها لتتحقق
في الاكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر رحمه الله لانه لا تفصيل فيما ذكرنا
من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتادى بمطلق النية وبنية النفل وبنية
واجب آخر وقال الشافعي رحمه الله في نية النفل عابث وفي مطلقها له قولان لانه
بنية النفل معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه
فيصاب باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه واذا نوى النفل
او واجبا آخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الاصل
وهو كاف ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله لان الرخصة كيلا تلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور
وعند ابي حنيفة رحمه الله اذا صام المريض او المسافر بنية واجب آخر يقع عنه
لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه للحال وتخيره في صوم رمضان الى ادراك
العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على احديهما انه ما صرف
الوقت الى الاهم قال والضرب الثاني ما يثبت في الذمة كقضاء رمضان
وصوم الكفارة فلا يجوز الا بنية من الليل لانه غير متعين فلا بد من
التعيين من الابتداء والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافا لمالك رحمه الله
فانه يتمسك باطلاق ما روينا ولنا قوله عليه السلام بعد ما كان يصبح غير صائم
اني اذا لصائم ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك
في اول اليوم على صيرورته صوما بالنية على ما ذكرنا ولو نوى بعد الزوال
لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز ويصير صائما من حين نوى اذ هو متجز عنده

لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال الا ان من شرطه الامساك
في اول النهار وعندنا يصير صائما من اول النهار لانه عبادة قهر النفس وهي
انما تتحقق بامساك مقدر فيعتبر قران النية باكثره قال وينبغي للناس
ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان راوه صاموا
وان غم عليهم اكملوا عدة شعبان ثلثين يوما ثم صاموا لقوله عليه السلام
صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان
ثلثين يوما ولان الاصل بقاء الشهر فلا ينتقل عنه الا بدليل ولم يوجد
ولا يصومون يوم الشك الا تطوعا لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي
يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا وهذه المسئلة على وجوه احدها
ان ينوي صوم رمضان وهو مكروه لما روينا ولانه تشبه باهل الكتاب
لانهم زادوا في مدة صومهم ثم ان ظهر ان اليوم من رمضان يجزيه لانه
شهد الشهر وصامه وان ظهر انه من شعبان كان تطوعا وان افطر لم يقضه
لانه في معنى المظنون والثاني ان ينوي عن واجب آخر وهو مكروه ايضا
لما روينا الا ان هذا دون الاول في الكراهة ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه
لوجود اصل النية وشهود الشهر وان ظهر انه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا
لانه منهي عنه فلا يتادى به الواجب وقيل اجزاه عن الذي نواه وهو
الاصح لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان بصوم رمضان وذلك لا
يقوم بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك الاجابة يلازم
كل صوم والكراهة ههنا لصورة النهي والثالث ان ينوي التطوع وهو
غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي في قوله يكره على سبيل الابتداء
والمراد بقوله عليه السلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين
الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه ثم ان وافق صوما
كان يصومه فالصوم افضل بالاجماع وكذا اذا صام ثلثة من آخر الشهر فصاعدا

فصاعدا وان افرده فقد قيل الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي وقيل
الصوم افضل اقتداء بعائشة وعلي رضي الله عنهما فانهما كانا يصومانه
والمختار ان يصوم المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت
الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة والرابع ان يضجع في اصل النية
بان ينوي ان يصوم غدا ان كان من رمضان ولا يصوم ان كان من شعبان
وفي هذا الوجه لا يصير صائما لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا نوى انه
ان لم يجد غداء غدا يفطر وان لم يجد يصوم والخامس ان يضجع في وصف
النية بان ينوي ان كان غدا من رمضان يصوم عنه وان كان من شعبان
فعن واجب آخر فهذا مكروه لتردده بين امرين مكروهين ثم ان ظهر انه
من رمضان اجزاه لعدم التردد في اصل النية وان ظهر انه من شعبان لا يجزيه
عن واجب آخر لان الجهة لم تثبت للتردد فيها واصل النية لا يكفيه لكنه
يكون تطوعا غير مضمون بالقضاء لشروعه فيه مسقطا وان نوى عن رمضان
ان كان غدا منه وعن التطوع ان كان من شعبان يكره لانه ناو للفرض من وجه
ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه عنه لما مر وان ظهر انه من شعبان جاز عن نفله لانه
يتادى باصل النية ولو افسده يجب ان لا يقضيه لدخول الاسقاط في
عزيمته من وجه ومن رأى هلال رمضان وحده صام وان لم يقبل الامام شهادته
لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته وقد رأى ظاهرا وان افطر
فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي رحمه الله عليه الكفارة ان افطر
بالوقاع لانه افطر في رمضان حقيقة لتيقنه به وحكما لوجوب الصوم عليه ولنا
ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فاورث شبهة وهذه
الكفارة تندرئ بالشبهات ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف
المشايخ فيه ولو اكمل هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب
عليه للاحتياط والاحتياط بعد ذلك في تاخير الافطار ولو افطر لا كفارة

عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده وإذا كان في السماء علة قبل الإمام شهادة
الواحد العدل في رؤية الهلال رجلا كان او امرأة حرا كان او عبدا لانه
امر ديني فاشبه رواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظة الشهادة
وتشترط العدالة لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتاويل قول
الطحاوي عدلا كان او غير عدل ان يكون مستورا والعلة غيم او غبار او
نحوه وفي اطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب وهو ظاهر
الرواية لانه خبر ديني وعن ابي حنيفة رحمه الله انها لا تقبل لانها شهادة من
وجه وكان الشافعي رحمه الله في احد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا وقد
صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة الواحد في رؤية هلال رمضان ثم اذا
قبل الامام شهادة الواحد وصاموا ثلثين يوما لا يفطرون فيما روى
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله للاحتياط ولان الفطر لا يثبت بشهادة
الواحد وعن محمد انهم يفطرون ويثبت الفطر بها بناء على ثبوت الرمضان
بشهادة الواحد وان كان لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الارث بناء
على النسب الثابت بشهادة القابلة وان لم يكن في السماء علة لم تقبل
الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لان التفرد بالرؤية في مثل
هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعا كثيرا بخلاف ما اذا
كان في السماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض
النظر ثم قيل في حد الكثير اهل المحلة وعن ابي يوسف خمسون رجلا اعتبارا
بالقسامة ولا فرق بين اهل المصر ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي
انه تقبل شهادة الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه الاشارة
في كتاب الاستحسان وكذا اذا كان على مكان مرتفع في المصر ومن رأى هلال
الفطر وحده لم يفطر احتياطا وفي الصوم الاحتياط في الايجاب واذا كان
بالسماء علة لم تقبل في هلال الفطر الا شهادة رجلين او رجل وامرأتين

وامرأتين لانه تعلق به نفع العبد وهو الفطر فاشبه سائر حقوقه والاضحى
كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما روي عن ابي حنيفة
رحمه الله انه كهلال رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم
الاضاحي وان لم تكن بالسماء علة لم تقبل الا شهادة جماعة يقع
العلم بخبرهم كما ذكرنا ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني الى غروب
الشمس لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط
الاسود من الفجر ثم اتموا الصيام الى الليل والخيطان بياض النهار وسواد
الليل والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية
لانه في حقيقة اللغة هو الامساك لورود الاستعمال فيه الا انه زيد عليه
النية في الشرع ليتميز بها العبادة من العادة واختص بالنهار لما تلونا
ولانه لما تعذر الوصال كان تعيين النهار اولى ليكون على خلاف العادة
وعليه مبنى العبادة والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الاداء في
حق النساء **باب ما يوجب القضاء والكفارة** قال
اذا اكل الصائم او شرب او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو
قول مالك رحمه الله لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسيا في الصلوة
وجه الاستحسان قوله عليه السلام للذي اكل وشرب ناسيا تم على صومك
فانما اطعمك الله وسقاك واذا ثبت هذا في الاكل والشرب ثبت في الوقاع
للاستواء في الركنية بخلاف الصلوة لان هيئة الصلوة مذكرة فلا يغلب
النسيان ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض والنفل لان
النص لم يفصل ولو كان مخطيا او مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي
فانه يعتبره بالناسي ولنا انه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولان
النسيان من قبل من له الحق والاكراه من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض
في قضاء الصلوة فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله عليه السلام ثلث لا يفطرن

الصائم الصيام القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم توجد صورة الجماع
ولا معناه وهو الانزال عن شهوة بالمباشرة وكذا اذا نظر الى امراة بشهوة
فامنى لما بينا وصار كالمتفكر اذا امنى وكالمستمني بالكف على ما قالوا ولو
ادهن لم يفطر لعدم المنافي وكذا اذا احتجم لهذا لما رويناه ولو اكتحل لم يفطر
لانه ليس بين العينين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل
من المسام لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء البارد ولو قبل لا يفسد صومه يريد
به اذا لم ينزل لعدم المنافي صورة ومعنى بخلاف الرجعة والمصاهرة لان الحكم
هناك ادير على السبب على ما ياتي في موضعه ان شاء الله تعالى وان انزل
بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع ووجود
المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة فتفتقر
الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات كالحدود ولا باس بالقبلة اذا
امن على نفسه اي الجماع او الانزال ويكره ان لم يامن لان عينه ليس بمفطر
وربما يصير فطرا بعاقبته فان امن يعتبر عينه وابيح له وان لم يامن
يعتبر عاقبته وكره له والشافعي رحمه الله اطلق فيه في الحالين والحجة عليه
ما ذكرنا والمباشرة مثل التقبيل في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله انه كره المباشرة
الفاحشة لانه قلما تخلو عن الفتنة ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر
لصومه لم يفطر وفي القياس يفسد صومه لوجود المفطر الى جوفه وان كان
لا يتغذى به كالتراب والحصاة وجه الاستحسان انه لا يستطاع الامتناع
عنه فاشبه الغبار والدخان واختلفوا في المطر والثلج والاصح انه يفسد
لامكان الامتناع عنه اذا اواه خيمة او سقف ولو اكل لحما بين اسنانه
لم يفطر وان كان كثيرا يفطر وقال زفر يفطر في الوجهين لان الفم له حكم
الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولنا ان القليل تابع لاسنانه بمنزلة
ريقه بخلاف الكثير لانه لا يبقى فيما بين الاسنان والفاصل مقدار الحمصة وما

دونها قليل وان اخرجه فاخذه بيده ثم اكله ينبغي ان يفسد صومه
لما روي عن محمد ان الصائم اذا ابتلع سمسمة بين اسنانه لا يفسد
صومه ولو اكلها ابتداء يفسد ولو مضغها لا يفسد لانها تتلاشى وفي
مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند ابي يوسف وعند زفر عليه
الكفارة ايضا لانه طعام متغير ولابي يوسف انه يعافه الطبع وان ذرعه
القيء لم يفطر لقوله عليه السلام من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عمدا فعليه
القضاء ويستوي فيه ملء الفم وما دونه فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند
ابي يوسف رحمه الله لانه خارج حتى انتقض به الطهارة وقد دخل وعند محمد لا
يفسد لانه لم توجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لانه لا يتغذى
به عادة وان اعاد فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فيتحقق
صورة الفطر وان كان اقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه لانه غير خارج
ولا صنع له في الادخال وان اعاده فكذلك عند ابي يوسف لعدم الخروج وعند
محمد يفسد لوجود الصنع منه في الادخال فان استقاء عمدا ملء الفم
فعليه القضاء لما روينا والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة
وان كان اقل من ملء الفم فكذلك عند محمد رحمه الله لاطلاق الحديث وعند ابي
يوسف رحمه الله لا يفسد لعدم الخروج حكما ثم ان عاد لم يفسد صومه عنده لعدم
سبق الخروج وان اعاده فعنه انه لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسد فالحقه
بملء الفم لكثرة الصنع ومن ابتلع الحصاة او الحديد افطر لوجود صورة الفطر
ولا كفارة عليه لعدم المعنى (لصلاح البدن) ومن جامع عامدا في احد السبيلين فعليه القضاء
استدراكا للمصلحة الفائتة والكفارة لتكامل الجناية ولا يشترط الانزال
في المحلين اعتبارا بالاغتسال وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق دونه وانما
ذلك شبع وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه
اعتبارا بالحد عنده والاصح انها تجب لان الجناية متكاملة لقضاء الشهوة

ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه انزل او لم ينزل خلافا للشافعي لان
الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد ثم عندنا تجب
الكفارة بالوقاع على المرأة وقال الشافعي رحمه الله في قول لا تجب
عليها لانها متعلقة بالجماع وهو فعله وانما هي محل الفعل وفي قول يتحمل عنها الرجل
اعتبارا بماء الاغتسال ولنا قوله عليه السلام من افطر في رمضان فعليه ما على
المظاهر وكلمة من تنتظم الذكور والاناث ولان السبب جناية الافساد
لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل عنها لانها عبادة او عقوبة ولا يجري
فيهما التحمل ولو اكل او شرب ما يتغذى به او يتداوى به فعليه القضاء والكفارة
وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع
الذنب بالتوبة فلا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت بجناية الافطار
في رمضان على وجه الكمال وقد تحققت وبايجاب الاعتاق تكفيرا عرف ان التوبة
غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال والكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا ولحديث
الاعرابي فانه قال يا رسول الله هلكت واهلكت فقال ماذا صنعت فقال واقعت
امرأتي في نهار رمضان متعمدا فقال عليه السلام اعتق رقبة فقال لا املك الا رقبتي
هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني ما جاءني الا من الصوم
فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يؤتى بفرق من تمر ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا فقال
فرقها على المساكين فقال والله ليس بين لابتي المدينة احد احوج مني ومن
عيالي فقال عليه السلام كل انت وعيالك يجزيك ولا يجزي احدا بعدك وهو حجة على
الشافعي رحمه الله في قوله يخير لان مقتضاه الترتيب وعلى مالك رحمه الله في نفي التتابع
للنص عليه ومن جامع فيما دون الفرج فانزل فعليه القضاء لوجود الجماع
معنى ولا كفارة عليه لانعدامه صورة وليس في افساد الصوم في غير رمضان
كفارة لان الافطار في رمضان ابلغ في الجناية فلا يلحق به غيره ومن احتقن

او استعط او اقطر في اذنه افطر لقوله عليه السلام الفطر مما دخل
ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف ولا كفارة
لانعدام الصورة ولو اقطر في اذنه الماء او دخله لا يفسد صومه لانعدام
المعنى والصورة بخلاف ما اذا دخله الدهن ولو داوى جائفة او آمة بدواء
يصل الى جوفه او دماغه افطر عند ابي حنيفة رحمه الله والذي يصل هو الرطب
وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه
اخرى كما في اليابس من الدواء وله ان رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة
فتزداد ميلا الى الاسفل فيصل الى الجوف بخلاف اليابس لانه ينشف رطوبة
الجراحة فينسد فمها ولو اقطر في احليله لم يفطر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف يفطر وقول محمد رحمه الله مضطرب فيه فكانه وقع عند ابي يوسف
الله بينه وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج البول ووقع عند ابي حنيفة رحمه
ان المثانة حائل بينهما والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه ومن
ذاق شيئا بفمه لم يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من
تعريض الصوم على الفساد ويكره للمرأة ان تمضغ لصبيها الطعام
اذا كان لها منه بد لما بينا ولا بأس اذا لم تجد منه بدا صيانة للولد الا يرى
ان لها ان تفطر اذا خافت على الولد ومضغ العلك لا يفطر الصائم
لانه لا يصل الى جوفه وقيل اذا لم يكن ملتئما يفسد لانه يصل اليه بعض
اجزائه وقيل اذا كان اسود يفسد وان كان ملتئما لانه يتفتت
الا انه يكره للصائم لما فيه من التعريض على الفساد ولانه يتهم بالافطار
ولا يكره للمرأة اذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك في حقهن ويكره
للرجال على ما قيل اذا لم يكن من علة وقيل لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء
ولا بأس بالكحل ودهن الشارب لانه نوع ارتفاق وهو ليس من محظورات
الصوم وقد ندب النبي صلى الله عليه وسلم الى الاكتحال يوم عاشوراء والى

فيه ولا بأس بالاكتحال للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحسن
دهن الشارب اذا لم تكن من قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب ولا
يفعل لتطويل اللحية اذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة ولا بأس
بالسواك الرطب بالغداة والعشي لقوله عليه السلام خير خلال الصائم السواك
من غير فصل وقال الشافعي رحمه الله يكره بالعشي لما فيه من ازالة اثر محمود وهو
الخلوف فاشبه دم الشهيد قلنا هو اثر العبادة واللائق به الاخفاء بخلاف
دم الشهيد لانه اثر الظلم ولا فرق بين الرطب والاخضر والمبلول بالماء لما روينا

فصل ومن كان مريضا في رمضان فخاف ان صام ازداد مرضه
افطر وقضى وقال الشافعي رحمه الله لا يفطر هو يعتبر الهلاك او اتلاف العضو كما
يعتبر في التيمم ونحن نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى الهلاك
فيجب الاحتراز عنه وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه افضل
وان افطر وقضى جاز لان السفر لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف المرض
فانه قد يخف بالصوم فيشترط كونه مفضيا الى الحرج وقال الشافعي رحمه الله
الفطر افضل لقوله عليه السلام ليس من البر الصيام في السفر ولنا ان رمضان
افضل الوقتين فكان الاداء فيه اولى وما رواه محمول على حالة الجهد فان
مات المريض والمسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء لانهما لم يدركا
عدة من ايام اخر وان صح المريض واقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر
الصحة والاقامة لوجود الادراك بهذا المقدار وفائدته وجوب الوصية
بالاطعام وذكر الطحاوي فيه خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد
وليس بصحيح وانما الخلاف في النذر والفرق لهما ان النذر سبب فيظهر الوجوب
في حق الخلف وفي هذه المسألة السبب ادراك العدة فيتقدر بقدر ما ادرك
وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه لاطلاق النص لكن المستحب
المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب وان اخره حتى دخل رمضان آخر صام

صام رمضان الثاني لانه في وقته وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء ولا
فدية عليه لان وجوب القضاء على التراخي حتى كان له ان يتطوع والحامل والمرضع
اذا خافتا على انفسهما او ولديهما افطرتا وقضتا دفعا للحرج ولا كفارة
عليهما لانه افطار بعذر ولا فدية عليهما خلافا للشافعي رحمه الله فيما اذا
خافت على الولد هو يعتبره بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية بخلاف القياس
في الشيخ الفاني والفطر بسبب الولد ليس في معناه لانه عاجز بعد الوجوب
والولد لا وجوب عليه اصلا والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر
ويطعم لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات والاصل فيه قوله تعالى وعلى
الذين يطيقونه فدية طعام مسكين قيل معناه لا يطيقونه ولو قدر على
الصوم يبطل حكم الفداء لان من شرط الخلفية استمرار العجز ومن مات وعليه قضاء
رمضان فاوصى به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع من بر او صاعا من
تمر او صاعا من شعير لانه عجز عن الاداء في آخر عمره فصار كالشيخ الفاني ثم لا
بد من الايصاء عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وعلى هذا الزكوة هو يعتبره بديون
العباد اذ كل ذلك حق مالي تجري فيه النيابة ولنا انه عبادة ولا بد فيه من الاختيار
وذلك في الايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر
من الثلث والصلوة كالصوم باستحسان المشايخ وكل صلوة تعتبر بصوم يوم
هو الصحيح ولا يصوم عنه وليه ولا يصلي لقوله عليه السلام لا يصلي احد عن احد
ولا يصوم احد عن احد ومن دخل في صوم التطوع او في صلوة التطوع ثم افسده
قضاه خلافا للشافعي رحمه الله لانه تبرع بالمؤدى فلا يلزمه ما لم يتبرع به ولنا
ان المؤدى قربة وعمل فيجب صيانته بالمضي عن الابطال فاذا وجب
المضي وجب القضاء بتركه ثم عندنا لا يباح الافطار فيه بغير عذر في احدى
الروايتين لما بينا ويباح بعذر والضيافة عذر لقوله عليه السلام افطر واقض
يوما مكانه واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر في رمضان امسكا بقية يومهما قضاء

لحق الوقت بالتشبه ولو افطرا فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب عليهما
فيه وصاما ما بعده لتحقق السبب والاهلية ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى
لعدم الخطاب وهذا بخلاف الصلوة لان السبب فيها الجزء المتصل بالاداء فوجدت
الاهلية عنده وفي الصوم الجزء الاول والاهلية منعدمة عنده وعن ابي يوسف
رحمه الله انه اذا زال الكفر والصبا قبل الزوال فعليه القضاء لانه ادرك وقت النية وجه
الظاهر ان الصوم لا يتجزى وجوبا واهلية الوجوب منعدمة في اوله الا
ان للصبي ان ينوي التطوع في هذه الصورة دون الكافر على ما قالوا لان الكافر
ليس من اهل التطوع ايضا والصبي اهل له واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر
قبل الزوال فنوى الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب ولا صحة الشروع
وان كان في رمضان فعليه ان يصوم لزوال المرخص في وقت النية الا ترى انه
لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحا لجانب الاقامة فهذا
اولى الا انه اذا افطر في المسئلتين لا يلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح ومن اغمي
عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء لوجود الصوم فيه
وهو الامساك المقرون بالنية اذ الظاهر وجودها منه وقضى ما بعده لانعدام
النية وان اغمي عليه اول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا
وقال مالك رحمه الله لا يقضي ما بعده لان صوم رمضان عنده يتادى بنية
واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية لكل يوم لانها عبادات
متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان هذه العبادة بخلاف
الاعتكاف ومن اغمي عليه رمضان كله قضاه لانه نوع مرض يضعف القوى
ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التاخير لا في الاسقاط ومن جن رمضان كله
لم يقضه خلافا لمالك رحمه الله هو يعتبره بالاغماء ولنا ان المسقط هو
الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه
فيتحقق الحرج وان افاق المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر
والشافعي

والشافعي هما يقولان لم يجب عليه الاداء لانعدام الاهلية والقضاء
مرتب عليه فصار كالمستوعب ولنا ان السبب قد وجد وهو الشهر
والاهلية بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا على وجه
لا يحرج في ادائه بخلاف المستوعب لانه يحرج في الاداء فلا فائدة وتمامه
في الخلافيات ثم لا فرق بين الاصلي والعارضي قيل هذا في ظاهر الرواية
وعن محمد رحمه الله انه فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم
اهلية الخطاب بخلاف ما اذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتاخرين
ومن لم ينو في رمضان كله صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه وقال زفر رحمه الله يتادى
صوم رمضان بدون النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه
فعلى اي وجه يؤديه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا ان المستحق
الامساك بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب وجدت
نية القربة على ما مر في الزكوة ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل لا كفارة عليه عند
ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله اذا اكل تجب الكفارة لانه يتادى بدون
النية عنده وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة
لانه فوت امكان التحصيل فصار كغاصب الغاصب ولابي حنيفة رحمه الله
ان الكفارة تعلقت بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم الا بالنية واذا
حاضت المرأة او نفست افطرت وقضت بخلاف الصلوة لانها تحرج في
قضائها وقد مر في الصلوة واذا قدم المسافر او طهرت الحائض في بعض
النهار امسكا بقية يومهما وقال الشافعي رحمه الله لا يجب الامساك وعلى هذا
الخلاف كل من صار اهلا للزوم ولم يكن كذلك في اول اليوم هو يقول التشبه
خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل في حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا
ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت اصلا لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف
الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم حال قيام هذه

الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن الصوم قال واذا تسحر
وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع او افطر وهو يرى ان الشمس قد غربت
فاذا هي لم تغرب امسك بقية يومه قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن او نفيا للتهمة
وعليه قضاؤه لانه حق مضمون بالمثل كما في المريض والمسافر ولا كفارة عليه لان الجناية
قاصرة لعدم القصد وفيه قال عمر رضي الله عنه ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا
يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد بيناه في كتاب الصلوة ثم التسحر مستحب لقوله
عليه السلام تسحروا فان في السحور بركة والمستحب تاخيره لقوله عليه السلام
ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور والسواك الا انه اذا شك
في الفجر ومعناه تساوي الظنين فالافضل ان يدع الاكل تحرزا عن المحرم ولا يجب
عليه ذلك ولو اكل فصومه تام لان الاصل هو الليل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه
اذا كان في موضع لا يستبين الفجر او كانت الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره
علة وهو يشك لا ياكل ولو اكل فقد اساء لقوله عليه السلام دع ما يريبك
الى ما لا يريبك فان كان اكبر رايه انه اكل والفجر طالع فعليه قضاؤه عملا بغالب
الرأي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين لا يزال الا
بمثله ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلا يتحقق العمدية
ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو النهار ولو اكل فعليه
القضاء عملا بالاصل وان كان اكبر رايه انه اكل قبل الغروب فعليه القضاء
رواية واحدة لان النهار هو الاصل ولو كان شاكا فيه وتبين انها لم تغرب
ينبغي ان تجب عليه الكفارة نظرا الى ما هو الاصل وهو النهار ومن اكل في رمضان
ناسيا فظن ان ذلك يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء دون
الكفارة لان الاشتباه استند الى القياس فتحقق الشبهة وان بلغه الحديث
وعلمه فكذلك في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وعنهما انها تجب وكذا عنهما
لانه لا اشتباه فلا شبهة وجه الاول قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس

القياس ولا ينتفي بالعلم كوطء الاب جارية ابنه ولو احتجم فظن ان ذلك يفطره
ثم اكل متعمدا فعليه القضاء والكفارة لان الظن ما استند الى دليل شرعي
الا اذا افتاه فقيه بالفساد لان الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث
واعتمده فكذلك عند محمد رحمه الله لان قول الرسول عليه السلام لا ينزل عن قول
المفتي وعن ابي يوسف خلاف ذلك لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم
الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث وان عرف تاويله تجب عليه الكفارة
لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس ولو اكل
بعد ما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيف ما كان لان الفطر
يخالف القياس والحديث مأول بالاجماع واذا جومعت النائمة او المجنونة
وهي صائمة عليها القضاء دون الكفارة وقال زفر والشافعي لا قضاء عليهما
اعتبارا بالناسي والعذر هنا ابلغ لعدم القصد ولنا ان النسيان
يغلب وجوده وهذا نادر ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية **فصل**
فيما يوجبه على نفسه واذا قال لله علي صوم يوم النحر افطر وقضى
وهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر والشافعي هما يقولان نذر بما هو
معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام ولنا انه نذر بصوم مشروع
والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر احترازا عن
المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج عن العهدة لانه
اداه كما التزم فان نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني اذا افطر وهذه المسئلة
على وجوه ستة ان لم ينو شيئا او نوى النذر لا غير او نوى النذر ونوى ان لا
يكون يمينا يكون نذرا لانه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته وان نوى اليمين ونوى
ان لا يكون نذرا يكون يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره
وان نواهما كان نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يكون
نذرا ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا ولابي يوسف ان

النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف الثاني فلا
ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما تترجح الحقيقة ولهما انه لا تنافي
بين الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب الا ان النذر يقتضيه لعينه واليمين
لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة
في الهبة بشرط العوض ولو قال لله علي صوم هذه السنة افطر يوم الفطر
ويوم النحر وايام التشريق وقضاها لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه
الايام وكذا اذا لم يعين لكنه شرط التتابع لان المتابعة لا تعرى عنها لكن
يقضيها في هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع بقدر الامكان ويتاتى
في هذا خلاف زفر والشافعي رحمهما الله للنهي عن الصوم فيها وهو قوله عليه السلام
الا لا تصوموا في هذه الايام فانها ايام اكل وشرب وبعال وقد بيناه
والجواب عنه ولو لم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه الايام لان
الاصل فيما يلتزمه الكمال فالمؤدى ناقص لمكان النهي بخلاف ما اذا عينها لانه
التزم بوصف النقصان فيكون الاداء بالوصف الملتزم قال وعليه كفارة يمين
ان اراد يمينا وقد سبق وجهه ومن اصبح يوم النحر صائما ثم افطر لا شيء
عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في النوادر ان عليه القضاء لان الشروع
ملزم كالنذر وصار كالشروع في الصلوة في الوقت المكروه والفرق لابي حنيفة
وهو ظاهر الرواية ان بنفس الشروع في الصوم يسمى صائما حتى يحنث به
الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهي بنفس الصوم فيجب ابطاله فلا يجب صيانته
ووجوب القضاء يبتنى عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب
ولا يسمى بنفس الشروع في الصلوة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على
الصلوة فيجب صيانة المؤدى ويكون مضمونا بالقضاء وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه لا يجب القضاء في فصل الصلوة ايضا والاظهر هو الاول باب
الاعتكاف الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة لان النبي عليه السلام

السلام واظب عليه في العشر الاواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة وهو اللبث
في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه فكان وجوده
به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والنية شرط كما في سائر
العبادات هو يقول ان الصوم عبادة هو اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره
ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف الا بالصوم والقياس في مقابلة النص المنقول
غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع
فيما روى الحسن عن ابي حنيفة لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من
يوم وفي رواية الاصل وهو قول محمد اقله ساعة فيكون من غير صوم لان
مبنى النفل على المساهلة الا ترى انه يقعد في صلوة النفل مع القدرة على القيام
ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه القضاء في رواية الاصل لانه غير مقدر فلم
يكن القطع ابطالا وفي رواية الحسن يلزمه لانه مقدر باليوم كالصوم
ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد جماعة لقول حذيفة رضي الله عنه لا اعتكاف
الا في مسجد جماعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات
الخمس لانه عبادة انتظار الصلوة فيختص بمكان تؤدى فيه اما المرأة فتعتكف
في مسجد بيتها لانه هو الموضع لصلاتها فيتحقق انتظارها فيه ولا يخرج من
المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة اما الحاجة فلحديث عائشة رضي الله عنها
انها قالت كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان
ولانه معلوم وقوعها ولا بد من الخروج في قضائها فيصير الخروج لها مستثنى
ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها واما الجمعة
فلانها من اهم حوائجه وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي رحمه الله الخروج اليها
مفسد لانه يمكنه الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد
مشروع واذا صح الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج ويخرج حين تزول
الشمس لان الخطاب يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا عنه يخرج في وقت يمكنه

او ركعتان ويصلي قبلها اربعا في رواية ستا الاربع سنة وركعتان تحية
المسجد وبعدها اربعا او ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة وسنتها
توابع لها فالحقت بها ولو اقام في المسجد الجامع اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه
لانه موضع اعتكاف الا انه لا يستحب لانه التزم اداءه في مسجد واحد فلا يتمه
في مسجدين من غير ضرورة ولو خرج من المسجد ساعة من غير عذر فسد اعتكافه
عند ابي حنيفة رحمه الله لوجود المنافي وهو القياس وقالا لا يفسد حتى يكون اكثر من
نصف يوم وهو الاستحسان لان في القليل ضرورة واما الاكل والشرب فيكون
في معتكفه لان النبي عليه السلام لم يكن له ماوى الا في المسجد ولانه يمكن قضاء
هذه الحاجة في المسجد فلا ضرورة الى الخروج ولا بأس بان يبيع ويبتاع في
المسجد من غير ان يحضر السلعة لانه قد يحتاج الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته
الا انهم قالوا يكره احضار السلعة للبيع والشراء لان المسجد محرز عن حقوق
العباد وفيه شغله بها ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه لقوله عليه السلام جنبوا
مساجدكم صبيانكم الى ان قال وبيعكم وشراءكم ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت
لان صوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا لكنه يتحاشى عما يكون مأثما ويحرم على
المعتكف الوطي لقوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد وكذا اللمس
والقبلة لانه من دواعيه فيحرم عليه اذ هو محظور كما في الاحرام بخلاف الصوم لان
الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه فان جامع ليلا او نهارا عامدا
او ناسيا بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم وحالة العاكفين
مذكرة فلا يعذر بالنسيان ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او قبل او لمس
فانزل بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ولو لم ينزل لا
يفسده وان كان محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد
به الصوم ومن اوجب على نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر
الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها من الليالي يقال ما رأيتك منذ ايام

ايام والمراد بلياليها وكانت متتابعة وان لم يشترط التتابع لان مبنى
الاعتكاف على التتابع لان الاوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه
على التفريق لان الليالي غير قابلة للصوم فيجب على التفريق حتى ينص على
التتابع وان نوى الايام خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة ومن اوجب
على نفسه اعتكاف يومين يلزمه بليلتيهما وقال ابو يوسف رحمه الله لا تدخل
الليلة الاولى لان المثنى غير الجمع وفي المتوسطة ضرورة الاتصال وجه الظاهر
ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة **كتاب الحج**
قال الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد
والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله الى حين عوده
وكان الطريق امنا وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة ثبتت فرضيته بالكتاب
وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت الاية ولا يجب في العمر مرة واحدة
لقوله عليه السلام قيل له الحج في كل عام ام مرة واحدة فقال لا بل مرة فما زاد
فهو تطوع ولان سببه البيت وانه لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب
على الفور عند ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحمهما الله ما يدل عليه وعند محمد و
الشافعي رحمهما الله على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلاة
وجه الاول انه يختص بوقت خاص والموت في سنة واحدة غير نادر فيتضيق
احتياطا ولهذا كان التعجيل افضل بخلاف وقت الصلاة لان الموت في مثله نادر
وانما شرط الحرية والبلوغ لقوله عليه السلام ايما عبد حج عشر حجج ثم اعتق فعليه
حجة الاسلام وايما صبي حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة
والعبادات باسرها موضوعة عن الصبيان والعقل شرط لصحة التكليف وكذا
صحة الجوارح لان العجز دونها لازم ثم الاعمى اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد
زادا وراحلة لا يجب عليه الحج عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد مر في كتاب
الصلاة واما المقعد فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب لانه مستطيع بغيره فاشبه

المستطيع بالراحلة وعن محمد انه لا يجب لانه غير قادر على الاداء بنفسه
بخلاف الاعمى لانه لو هدي يهتدي بنفسه فاشبه الضال عند ولا بد من القدرة
على الزاد والراحلة وهو ان يكري شق محمل او راس زاملة وقدر النفقة
ذاهبا وجائيا لانه عليه السلام سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحلة وان
امكنه ان يكتري عقبة فلا شيء عليه لانهما اذا كانا يتعاقبان لم توجد الراحلة
في جميع السفر ويشترط ان يكون فاضلا عن المسكن وعما لا بد منه كالخادم
واثاث البيت وثيابه لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية ويشترط
ان يكون فاضلا عن نفقة عياله الى حين عوده لان النفقة حق مستحق
للمرأة وحق العبد مقدم على حق الشرع بامره وليس من شرط الوجوب على اهل
مكة ومن حولهم الراحلة لانه لا يلحقهم زيادة مشقة في الاداء فاشبه السعي
الى الجمعة ولا بد من امن الطريق لان الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو
شرط الوجوب حتى لا يجب عليه الايصاء وهو مروي عن ابي حنيفة وقيل شرط
الاداء دون الوجوب لان النبي عليه السلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة
لا غير قال ويعتبر في المرأة ان يكون لها محرم تحج به او زوج ولا يجوز لها ان تحج
بغيرهما اذا كان بينها وبين مكة مسيرة ثلثة ايام وقال الشافعي يجوز لها
الحج اذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الامن بالمرافقة ولنا قوله
عليه السلام لا تحجن امرأة الا ومعها محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها
الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية وان كان
معها غيرها بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من ثلثة ايام لانه يباح لها الخروج
الى ما دون السفر بغير محرم واذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها وقال الشافعي
رحمه الله له ان يمنعها لان في الخروج تفويت حقه ولنا ان حق الزوج لا يظهر في
حق الفرائض والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له ان يمنعها ولو كان المحرم فاسقا
قالوا لا يجب عليها لان المقصود لا يحصل به ولها ان تخرج مع كل محرم الا

الا ان يكون مجوسيا لانه يعتقد اباحة مناكحتها ولا عبرة للصبي والمجنون
لانه لا تتأتى منهما الصيانة والصبية التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة
حتى لا يسافر بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها تتوسل به الى اداء الحج
واختلفوا ان المحرم شرط الوجوب او شرط الاداء على حسب اختلافهم في
امن الطريق واذا بلغ الصبي بعد ما احرم او اعتق العبد فمضيا لم يجزهما
عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا ينقلب لاداء الفرض
ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو
فعل ذلك لم يجزه لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية اما احرام العبد لازم
فلا يمكنه الخروج منه بالشروع في غيره **فصل** والمواقيت التي لا يجاوزها
الانسان الا محرما خمسة لاهل المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق ذات
عرق ولاهل الشام جحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم هكذا وقّت
رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهؤلاء وفائدة التأقيت المنع
عن تاخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الافاقي
اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او
لم يقصد عندنا لقوله عليه السلام لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان
وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر
والمعتمر وغيرهما ومن كان داخل الميقات له ان يدخل مكة بغير احرام لحاجته
لانه يكثر دخوله مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج بين فصار
كاهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام بخلاف ما اذا
قصد اداء النسك لانه يتحقق احيانا فلا حرج قال فان قدم الاحرام
على هذه المواقيت جاز لقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان
يحرم بهما من دويرة اهلك هكذا قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما
والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم

او فرو عن ابي حنيفة رحمه الله انما يكون افضل اذا كان يملك نفسه ان لا
يقع في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين
المواقيت وبين الحرم لانه يجوز احرامه من دويرة اهله وما وراء الميقات الى الحرم
مكان واحد قال ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل لان النبي
صلى الله عليه وسلم امر اصحابه رضي الله عنهم بان يحرموا بالحج من جوف مكة وامر
اخا عائشة رضي الله عنهما ان يعمرها من التنعيم وهو في الحل ولان اداء
الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر واداء العمرة في الحرم
فيكون الاحرام من الحل لهذا الا ان من التنعيم افضل لورود الاثار والله اعلم

باب الاحرام واذا اراد الرجل الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل
لما روي انه عليه السلام اغتسل لاحرامه الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض
وان لم يقع فرضا عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة لكن الغسل افضل
لان معنى النظافة فيه اتم ولانه عليه السلام اختاره ولبس ثوبين جديدين
او غسيلين ازارا ورداء لانه عليه السلام ائتزر وارتدى عند احرامه ولانه ممنوع
عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه
والجديد افضل لانه اقرب الى الطهارة قال ومس طيبا ان كان له وعن محمد
انه يكره اذا تطيب بما يبقى عينه بعد الاحرام وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله
لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام ووجه المشهور حديث عائشة رضي الله عنها
انها قالت كنت اطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل ان يحرم والممنوع
عنه التطيب بعد الاحرام والباقي بعده كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب
لانه مباين عنه قال وصلى ركعتين لما روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه قال وقال اللهم اني اريد الحج
فيسره لي وتقبله مني لان اداءها في ازمنة متفرقة واماكن متباينة فلا يعرى
عن المشقة عادة فيسأل التيسير وفي الصلاة لم يذكر مثل هذا الدعاء لان

لان مدتها يسيرة واداءها عادة متيسر قال ثم يلبي عقيب صلوته لما روي
انه عليه السلام لبى في دبر صلوته وان لبى بعدما استوت به راحلته جاز ولكن
الاول افضل لما روينا وان كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته الحج لانه عبادة
والاعمال بالنيات والتلبية ان تقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك
لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وقوله ان الحمد بكسر الالف لا
بفتحها ليكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى وهو اجابة لدعاء الخليل
عليه السلام على ما هو المعروف في القصة قال ولا ينبغي ان يخل بشيء من هذه
الكلمات لانه هو المنقول باتفاق الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز
خلافا للشافعي في رواية الربيع عنه هو اعتبره بالاذان والتشهد من حيث انه
ذكر منظوم ولنا ان اجلاء الصحابة رضي الله عنهم كابن مسعود وابن عمر
وابي هريرة رضي الله عنهم زادوا على المأثور ولان المقصود الثناء واظهار
العبودية فلا يمنع من الزيادة عليه قال واذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى لان
العبادة لا يتأدى الا بالنية الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في قوله
اللهم اني اريد الحج ولا يصير شارعا في الاحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية
خلافا للشافعي رحمه الله لانه عقد على الاداء فلا بد من ذكر كما في تحريمة الصلوة
ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت او عربية
هذا هو المشهور عن اصحابنا رحمهم الله والفرق بينه وبين الصلوة على اصلهما
ان باب الحج اوسع من باب الصلوة حتى يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد
البدن فكذا غير التلبية وغير العربية قال ويتقي ما نهى الله تعالى عنه من الرفث
والفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال
في الحج فهذا نهي بصيغة النفي والرفث الجماع او الكلام الفاحش او ذكر الجماع
بحضرة النساء والفسوق المعاصي وهي في حالة الاحرام اشد حرمة والجدال
ان يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج وتأخيره قال ولا

يقتل صيدا لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ولا يشير اليه ولا يدل عليه
لحديث ابي قتادة رضي الله عنه انه اصاب حمار وحش وهو حلال واصحابه
محرمون فقال عليه السلام لاصحابه هل اشرتم هل اعنتم هل دللتم فقالوا لا فقال
اذا فكلوا ولانه ازالة الامن عن الصيد لانه آمن لتوحشه وبعده عن الاعين
قال ولا يلبس قميصا ولا سراويل ولا عمامة ولا خفين الا ان لا يجد النعلين
فيقطعهما اسفل من الكعبين لما روي انه عليه السلام نهى ان يلبس المحرم
هذه الاشياء وقال في آخره ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فليقطعهما
اسفل من الكعبين والكعب هاهنا المفصل الذي في وسط القدم عند معقد
الشراك فيما روى هشام عن محمد رحمه الله ولا يغطي راسه ولا وجهه وقال
الشافعي رحمه الله يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عليه السلام احرام الرجل في راسه
واحرام المرأة في وجهها ولنا قوله عليه السلام لا تخمروا وجهه ولا راسه فانه يبعث
يوم القيامة محرما ملبيا قاله في محرم توفي ولان المرأة لا تغطي وجهها مع ان
في الكشف فتنة فالرجل بالطريق الاولى وفائدة ما روي الفرق في تغطية الراس قال
ولا يمس طيبا لقوله عليه السلام الحاج الشعث التفل وكذا لا يدهن لما روينا
ولا يحلق راسه ولا شعر بدنه لقوله تعالى ولا تحلقوا رءوسكم ولا يقص من لحيته
لانه في معنى الحلق ولان فيه ازالة الشعث وقضاء التفث قال ولا يلبس
ثوبا مصبوغا بورس ولا عصفر لقوله عليه السلام لا يلبس المحرم ثوبا مسه
زعفران ولا ورس الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للطيب لا للون
وقال الشافعي رحمه الله لا باس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا ان له رائحة
طيبة قال ولا باس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رضي الله عنه اغتسل وهو
محرم ولا باس بان يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك رحمه الله يكره ان يستظل
بالفسطاط وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطية الراس ولنا ان عثمان رضي الله عنه
كان يضرب له فسطاط في احرامه ولا يمس بدنه فاشبه البيت ولو دخل تحت استار

استار الكعبة حتى غطاه ان كان لا يصيب راسه ولا وجهه فلا باس به لانه
استظلال ولا باس بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك رحمه الله يكره اذا كان
فيه نفقة غيره ولانه لا ضرورة ولنا انه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه
الحالتان ولا يغسل راسه ولا لحيته بالخطمي لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام
الراس قال ويكثر من التلبية عقيب الصلوات وكلما علا شرفا او هبط واديا
او لقي ركبانا وبالاسحار لان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يلبون في هذه
الاحوال والتلبية في الاحرام على مثال التكبير في الصلاة فيؤتى بها عند الانتقال
من حال الى حال ويرفع صوته بالتلبية لقوله عليه السلام افضل الحج العج والثج
العج رفع الصوت بالتلبية والثج اسالة الهدايا واذا دخل مكة ابتدأ
بالمسجد لما روي ان النبي عليه السلام لما دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود
زيارة البيت وهو فيه ولا يضره ليلا دخلها او نهارا لانها دخول بلدة فلا
يختص باحدهما واذا عاين البيت كبر وهلل وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول
اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر ومحمد رحمه الله لم يعين في الاصل لمشاهد
الحج شيئا من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة وان تبرك بالمنقول منها
فحسن قال ثم ابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر لما روي انه عليه السلام
دخل المسجد فابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل قال ويرفع
يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبعة مواطن وذكر من جملتها
استلام الحجر قال ويستلمه ان استطاع من غير ان يؤذي مسلما لما روي
انه عليه السلام قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وقال لعمر رضي الله عنه
انك رجل ايد تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن ان وجدت
فرجة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر ولان الاستلام سنة والتحرز
عن اذى المسلم واجب قال وان امكنه ان يمس الحجر شيئا في يده كالعرجون
وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي انه عليه السلام طاف على راحلته واستلم

الا ان كان محدثا وان لم يستطع شيئا من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله تعالى
وصلى على النبي صلى الله تعالى عليه وسلم قال محمد ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب
وقد اضطبع رداءه فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما روي انه عليه السلام
استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب وطاف سبعة اشواط والاضطباع
ان يجعل رداءه تحت ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو سنة وقد
نقل ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ويجعل طوافه من وراء الحطيم
وهو اسم لموضع فيه الميزاب سمي به لانه حطم من البيت اي كسر وسمي حجرا لانه
حجر منه اي منع وهو من البيت لقوله عليه السلام في حديث عائشة رضي الله
عنها فان الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة
التي بينه وبين البيت لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم وحده لا تجزيه الصلاة
لان فرضية التوجه ثبتت بنص الكتاب فلا تتأدى بما ثبت بخبر الواحد احتياطا
والاحتياط في الطواف ان يكون وراءه قال ويرمل في الثلاث الاول من الاشواط
والرمل ان يهز في مشيته الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع
الاضطباع وكان سببه اظهار الجلادة للمشركين حين قالوا اضناهم حمى
يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي عليه السلام وبعده ويمشي
في الباقي على هيئته على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم
والرمل من الحجر الى الحجر هو المنقول من رمل النبي عليه السلام فان زحمه الناس في الرمل قام
فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه السنة بخلاف
الاستلام لان الاستقبال بدل له ويستلم الحجر كلما مر به ان استطاع لان اشواط
الطواف كركعات الصلاة فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام
الحجر وان لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا ويستلم الركن
اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله انه سنة ولا يستلم غيرهما
فان النبي عليه السلام كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ويختم الطواف

الطواف بالاستلام يعني استلام الحجر ثم يأتي المقام فيصلي عنده ركعتين
او حيث تيسر من المسجد وهي واجبة عندنا وقال الشافعي رحمه الله سنة
لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله عليه السلام وليصل الطائف لكل اسبوع
ركعتين والامر للوجوب ثم يعود الى الحجر فيستلمه لما روي ان النبي عليه السلام
لما صلى ركعتين عاد الى الحجر والاصل ان كل طواف بعده سعي يعود الى
الحجر لان الطواف لما كان يفتتح بالاستلام فكذا السعي يفتتح به بخلاف
ما اذا لم يكن بعده سعي قال وهذا الطواف طواف القدوم ويسمى طواف
التحية وهو سنة وليس بواجب وقال مالك رحمه الله هو واجب لقوله عليه السلام
من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا ان الله تعالى امر بالطواف والامر المطلق
لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع وفيما رواه سماه
تحية وهو دليل الاستحباب وليس على اهل مكة طواف القدوم في حقهم ثم
يخرج الى الصفا فيصعد عليه ويستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على
النبي عليه السلام ويرفع يديه ويدعو الله تعالى بحاجته لما روي ان النبي عليه
السلام صعد الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله
ولان الثناء والصلاة يقدمان على الدعاء تقريبا الى الاجابة كما في غيره
من الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر ما يصير البيت بمرأى
منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج الى الصفا من اي باب
شاء وانما خرج النبي عليه السلام من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا
لانه كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه سنة قال ثم ينحط نحو المروة
ويمشي على هيئته فاذا بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين الاخضرين سعيا
ثم يمشي على هيئته حتى يأتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما يفعل على الصفا
لما روي انه عليه السلام نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن
الوادي حتى اذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة فطاف بينهما

سبعة أشواط قال وهذا شوط يطوف سبعة أشواط يبدأ بالصفا ويختم
بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط لما روينا وإنما يبدأ بالصفا
لقوله عليه السلام ابدءوا بما بدأ الله تعالى به ثم السعي بين الصفا والمروة
واجب وليس بركن وقال الشافعي رحمه الله إنه ركن لقوله عليه السلام إن الله
تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه أن يطوف بهما
ومثله يستعمل للإباحة فينفي الركنية والإيجاب إلا أنا عدلنا عنه في الإيجاب
ولأن الركنية لا تثبت إلا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم معنى ما روي كتب
استحبابا كما في قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت الآية قال ثم
يقيم بمكة حراما لأنه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الإتيان بأفعاله ويطوف
بالبيت كلما بدا له لأنه يشبه الصلاة قال عليه السلام الطواف بالبيت
صلاة والصلاة خير موضوع فكذا الطواف إلا أنه لا يسعى عقيب هذه
الأطوفة في هذه المدة لأن السعي لا يجب إلا مرة والتنفل بالسعي
غير مشروع ويصلي لكل أسبوع ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بينا وإذا
كان قبل يوم التروية بيوم خطب الإمام خطبة يعلم الناس فيها الخروج إلى
منى والصلاة بعرفات والوقوف والإفاضة والحاصل أن في الحج ثلاث خطب
أولها ما ذكرنا والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى في اليوم الحادي
عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر رحمه الله يخطب في ثلاثة أيام
متواليات أولها يوم التروية لأنها أيام موسم ومجمع الحاج ولنا أن المقصود
منها التعليم ويوم التروية ويوم النحر يوما اشتغال فكان ما ذكرناه أنفع وفي
القلوب أنجع فإذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج إلى منى فيقيم بها حتى يصلي
الفجر يوم عرفة لما روي أن النبي عليه السلام صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت
الشمس راح إلى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح إلى
عرفات ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا إلى عرفات ومر بمنى أجزأه

أجزأه لأنه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم إقامة نسك ولكنه أساء في تركه الاقتداء
برسول الله صلى الله عليه وسلم قال ثم يتوجه إلى عرفات فيقيم بها لما روينا وهذا
بيان الأولوية أما لو دفع قبله جاز لأنه لا يتعلق بهذا المقام حكم من أحكام المناسك
قال في الأصل وينزل بها مع الناس لأن الانتباذ تجبر والحال حال تضرع
والإجابة في الجمع أرجى وقيل مراده أن لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة
وإذا زالت الشمس صلى الإمام بالناس الظهر والعصر فيبتدئ فيخطب خطبة
يعلم الناس فيها الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق وطواف
الزيارة خطبتين بينهما جلسة كما في الجمعة هكذا فعله رسول الله صلى الله
عليه وسلم وقال مالك رحمه الله يخطب خطبتين بعد الصلاة لأنها خطبة وعظ
وتذكير فأشبه خطبة العيد ولنا ما روينا ولأن المقصود منها تعليم المناسك
والجمع منها وفي ظاهر المذهب إذا صعد الإمام المنبر فجلس أذن المؤذنون كما
في الجمعة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يؤذن قبل خروج الإمام وعنه أنه يؤذن
بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما خرج واستوى
على ناقته أذن المؤذنون بين يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لأنه
أوان الشروع في الصلاة فأشبه الجمعة قال ويصلي بهم الظهر والعصر
في وقت الظهر بأذان وإقامتين وقد ورد النقل المستفيض باتفاق
الرواة بالجمع بين الصلاتين وفيما روى جابر بن عبد الله أن النبي عليه
السلام صلاهما بأذان وإقامتين ثم بيانه أنه يؤذن للظهر ويقيم للظهر
ثم يقيم للعصر لأن العصر يؤدى قبل وقته المعهود فيفرد بالإقامة إعلاما للناس
ولا يتطوع بين الصلاتين تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على
وقته فلو أنه فعل فعل مكروها وأعاد الأذان للعصر في ظاهر الرواية خلافا
لما روي عن محمد رحمه الله لأن الاشتغال بالتطوع أو بعمل آخر يقطع فور الأذان
الأول فيعيده للعصر فإن صلى بغير خطبة أجزأه لأن هذه الخطبة ليست

بعرفة قال ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر في وقته عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يجمع بينهما المنفرد لان جواز الجمع للحاجة الى امتداد الوقوف
والمنفرد محتاج اليه ولابي حنيفة رحمه الله ان المحافظة على الوقت فرض بالنصوص
فلا يجوز تركه الا فيما ورد الشرع به وهو الجمع بالجماعة مع الامام والتقديم
لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد ما تفرقوا في الموقف لا لما
ذكراه اذ لا منافاة ثم عند ابي حنيفة رحمه الله الامام شرط في الصلاتين جميعا
وقال زفر رحمه الله في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج
ولابي حنيفة رحمه الله ان التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما اذا كانت
العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج فيقتصر
عليه ثم لا بد من الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية تقديما للاحرام على وقت
الجمع وفي الاخرى يكتفي بالتقديم على الصلاة لان المقصود هو الصلاة
قال ثم يتوجه الامام الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه عقيب
انصرافهم من الصلاة لان النبي صلى الله عليه وسلم راح الى الموقف عقيب الصلاة
والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف الموقف الاعظم قال وعرفات كلها موقف
الا بطن عرنة لقوله عليه السلام عرفات كلها موقف وارتفعوا عن بطن
عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر قال وينبغي للامام
ان يقف بعرفة على راحلته لان النبي عليه السلام وقف على ناقته وان
وقف على قدميه جاز والاول افضل لما بينا وينبغي للامام ان يقف
مستقبل القبلة لان النبي عليه السلام وقف كذلك وقال صلى الله عليه وسلم
خير المواقف ما استقبلت به القبلة ويدعو ويعلم الناس المناسك لانه
عليه السلام كان يدعو يوم عرفة مادا يديه كالمستطعم المسكين ويدعو بما
شاء وان ورد الآثار ببعض الدعوات وقد اوردنا تفصيلها في كتابنا
المترجم بعدة الناسك في عدة من المناسك بتوفيق الله تعالى قال وينبغي

و ينبغي للناس ان يقفوا بقرب الامام لانه يدعو ويعلم فيعوه ويسمعوه
وينبغي ان يقف وراء الامام ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان الافضلية
لان الموقف كلها موقف على ما ذكرنا قال ويستحب ان يغتسل قبل الوقوف
ويجتهد في الدعاء اما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء
جاز كما في الجمعة والعيدين وعند الاحرام واما الاجتهاد في الدعاء فلانه
صلى الله عليه وسلم اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لامته فاستجيب له
الا في الدماء والمظالم ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة وقال مالك رحمه الله
يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان قبل الاشتغال بالاركان
ولنا ما روي ان النبي عليه السلام ما زال يلبي حتى اتى جمرة العقبة لان التلبية فيه
كالتكبير في الصلاة فيأتي بها الى آخر جزء من الاحرام قال فاذا غربت الشمس
افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى يأتوا المزدلفة لان النبي عليه السلام
دفع بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار مخالفة المشركين وكان النبي عليه السلام
يمشي على راحلته في الطريق على هينته فان خاف الزحام فدفع قبل الامام
ولم يجاوز حدود عرفة اجزأه لانه لم يفض من عرفة والافضل ان يقف
في مقامه كيلا يكون آخذا في الاداء قبل وقتها ولو مكث قليلا بعد غروب
الشمس وافاضة الامام لخوف الزحام فلا بأس لما روي ان عائشة رضي الله
عنها بعد افاضة الامام دعت بشراب فافطرت ثم افاضت قال فاذا اتى مزدلفة
فالمستحب ان يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة يقال له قزح لان النبي
عليه السلام وقف عند هذا الجبل وكذا عمر رضي الله عنه ويتحرز في النزول عن
الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل عن يمينه او عن يساره ويستحب ان
يقف وراء الامام لما بينا في الوقوف بعرفة قال ويصلي الامام بالناس المغرب
والعشاء باذان واقامة واحدة وقال زفر باذان واقامتين اعتبارا
بالجمع بعرفة ولنا رواية جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بينهما

باذان واقامة واحدة ولان العشاء في وقته فلا يفرد بالاقامة اعلاما
بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم على وقته فافرد بها للزيادة في الاعلام ولا يتطوع
بينهما لانه يخل بالجمع ولو تطوع او تشاغل بشيء اعاد الاقامة لوقوع
الفصل وكان ينبغي ان يعيد الاذان كما في الجمع الاول الا انا اكتفينا
باعادة الاقامة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى المغرب بمزدلفة ثم
تعشى ثم افرد الاقامة للعشاء ولا يشترط الجماعة لهذا الجمع عند ابي حنيفة رحمه الله
لان المغرب مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان العصر مقدم على وقته قال
ومن صلى المغرب في الطريق لم يجزه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه اعادتها
ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف رحمه الله يجزيه وقد اساء وعلى هذا الخلاف اذا صلى
بعرفات لابي يوسف انه اداها في وقتها فلا تجب اعادتها كما بعد طلوع الفجر
الا ان التاخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لاسامة رضي الله عنه في طريق المزدلفة الصلاة امامك معناه وقت الصلاة
وهذا اشارة الى ان التاخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلاتين
بالمزدلفة فكان عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما فاذا طلع
الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة قال واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس
الفجر بغلس لرواية ابن مسعود رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم صلاها
يومئذ بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر بعرفة
ثم وقف ووقف معه الناس فدعا لان النبي صلى الله عليه وسلم وقف في هذا
الموضع يدعو حتى روي في حديث ابن عباس رضي الله عنهما فاستجيب له دعاؤه
لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن حتى
لو تركه بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي رحمه الله انه ركن لقوله تعالى فاذكروا
الله عند المشعر الحرام وبمثله تثبت الركنية ولنا ما روي ان النبي عليه السلام
قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك والمذكور فيما تلوناه الذكر وهو

وهو ليس بركن بالاجماع وانما عرفنا الوجوب بقوله عليه السلام من وقف
معنا هذا الموقف وقد كان افاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه علق
به تمام الحج وهذا يصلح امارة الوجوب غير انه اذا تركه بعذر بان يكون به
ضعف او علة او كانت امرأة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا قال والمزدلفة
كلها موقف الا وادي محسر لما روينا من قبل قال فاذا طلعت الشمس افاض
الامام والناس معه حتى ياتوا منى قال رحمه الله هكذا وقع في نسخ المختصر وهذا
غلط والصحيح اذا اسفر افاض الامام والناس معه لان النبي عليه السلام دفع
قبل طلوع الشمس قال فيبتدئ بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع
حصيات مثل حصا الخذف لان النبي عليه السلام لما اتى منى لم يعرج على شيء
حتى رمى جمرة العقبة وقال عليه السلام عليكم بحصا الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا
ولو رمى باكبر منه جاز لحصول الرمي غير انه لا يرمي بالكبار من الاحجار كيلا يتأذى به
غيره ولو رماها من فوق العقبة اجزاه لان ما حولها موضع النسك والافضل
ان يكون من بطن الوادي لما روينا ويكبر مع كل حصاة كذا روى ابن مسعود
رضي الله عنه وابن عمر رضي الله عنه ولو سبح مكان التكبير اجزاه لحصول الذكر وهو من اداب
الرمي ولا يقف عندها لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقف عندها ويقطع التلبية
مع اول حصاة لما روينا عن ابن مسعود رضي الله عنهما وروى جابر رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع التلبية عند اول حصاة رمى بها جمرة العقبة
ثم كيفية الرمي ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة و
ومقدار الرمي ان يكون بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة اذرع كذا روى
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لان ما دون ذلك يكون طرحا ولو طرحها طرحا اجزاه
لانه رمى الى قدميه الا انه مسيء لمخالفته السنة ولو وضعها وضعا لم يجزه
لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة يكفيه لان هذا القدر مما لا يمكن
الاحتراز عنه ولو وقعت بعيدا منها لا يجزيه لانه لم يعرف قربة الا في مكان

خصوص ص فلو رمى بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لأن المنصوص عليه تفرق
الافعال ويأخذ الحصى من اي موضع شاء الا من عند الجمرة فان ذلك يكره لان
ما عندها من الحصى مردود هكذا جاء في الاثر فيتشاءم به ومع هذا لو رمى اجزاه
لوجود فعل الرمي ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا خلافا للشافعي
لان المقصود فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى
بالذهب والفضة لانه يسمى نثارا لا رميا قال ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر
لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان اول نسكنا هذا ان نرمي
ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق من اسباب التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم
الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الاحرام فيقدم عليه الذبح وانما علق الذبح
بالمحبة لان الدم الذي يأتي به المفرد تطوع والكلام في المفرد والحلق افضل
لقوله صلى الله عليه وسلم رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم عليهم ولان الحلق
اكمل في قضاء التفث وهو المقصود وفي التقصير بعض التقصير فاشبه الاغتسال
مع الوضوء ويكتفي في الحلق بربع الرأس اعتبارا بالمسح وحلق الكل اولى اقتداء
برسول الله صلى الله عليه وسلم والتقصير ان يأخذ من رؤس شعره مقدار الانملة
قال وقد حل له كل شيء الا النساء وقال مالك رحمه الله الا الطيب ايضا لانه من
دواعي الجماع ولنا قوله عليه السلام فيه حل له كل شيء الا النساء وهو مقدم على
القياس ولا يحل الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي لانه قضاء الشهوة
بالنساء فيؤخر الى تمام الاحلال ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي
هو يقول انه يتوقت بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحلل ولنا ان ما يكون
محللا يكون جناية في غير اوانه كالحلق والرمي ليس بجناية في غير اوانه بخلاف
الطواف لان التحلل بالحلق السابق لا به قال ثم يأتي مكة من يومه ذلك او من الغد
او من بعد الغد فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة اشواط لما روي ان
النبي عليه السلام لما حلق افاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى

الظهر بها ووقته ايام النحر لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح قال
الله تعالى فكلوا منها ثم قال وليطوفوا بالبيت العتيق فكان وقتهما واحدا
واول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لان ما قبله من الليل وقت الوقوف
بعرفة والطواف مرتب عليه وافضل هذه الايام اولها كما في التضحية
وفي الحديث افضلها اولها فان كان سعى بين الصفا والمروة عقيب
طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه وان كان لم يقدم
السعي رمل في هذا الطواف وسعى بعده لان السعي لم يشرع الا مرة
والرمل ما شرع الا مرة في طواف بعده سعي ويصلي ركعتين بعد هذا
الطواف لان ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا لما
بينا قال وقد حل له النساء ولكن بالحلق السابق اذ هو المحلل لا بالطواف
الا انه اخر عمله في حق النساء وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركن
فيه اذ هو المأمور به في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى
طواف الافاضة وطواف يوم النحر ويكره تأخيره عن هذه الايام لما بينا
انه موقت بها فان اخره عنها لزمه دم عند ابي حنيفة رحمه الله وسنبينه
ان شاء الله تعالى قال ثم يعود الى منى فيقيم بها لان النبي عليه السلام رجع
اليها كما روينا ولانه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى فاذا زالت الشمس من
اليوم الثاني من ايام النحر رمى الجمار الثلاث فيبدأ بالتي تلي مسجد الخيف فيرميها
بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي التي تليها مثل ذلك
ويقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف عندها هكذا روى
جابر رضي الله عنه فيما نقل من نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرا
ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس ويحمد الله تعالى ويثني
عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي عليه السلام ويدعو الله تعالى بحاجته
ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر

فيه لما بيّنا انه شرع مرة واحدة ويصلي ركعتي الطواف بعده لما روينا ويأتي
زمزم فيشرب من مائها لما روي ان النبي عليه السلام استقى دلواً بنفسه فشرب
منه ثم افرغ باقي الدلو في البئر ويستحب ان يأتي الباب ويقبل العتبة ويأتي الملتزم
وهو ما بين الحجر الى الباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة
يدعو ثم يعود الى اهله هكذا روي ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل بالملتزم ذلك
قالوا وينبغي ان ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه الى البيت متباكياً متحسراً
على فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا بيان تمام الحج والله اعلم **فصل**
فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف بها على ما بيناه سقط عنه طواف
القدوم لانه شرع ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان
به على غير ذلك الوجه سنة ولا شيء عليه لتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب
الجابر ومن ادرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها الى طلوع الفجر
الثاني من يوم النحر فقد ادرك الحج فاول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا لما
روي ان النبي عليه السلام وقف بعد الزوال وهذا بيان اول الوقت وقال صلى الله
عليه وسلم من ادرك الوقوف بعرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد
فاته الحج فهذا بيان آخر الوقت ومالك رحمه الله كان يقول اول وقته بعد طلوع
الفجر او بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما روينا ثم اذا وقف بعد الزوال
وافاض من ساعته اجزأه عندنا لانه صلى الله عليه وسلم ذكره بكلمة او فانه قال
الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وهي كلمة التخيير وقال
مالك رحمه الله لا يجزيه الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل ولكن الحجة ما روينا
ومن اجتاز بعرفات نائماً او مغمى عليه او لا يعلم انها عرفات جاز ذلك عن
الوقوف لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك بالاغماء
والنوم كركن الصوم بخلاف الصلاة لانها لا تبقى مع الاغماء والجهل يخل
بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه جاز

جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز ولو امر انساناً ان يحرم عنه اذا اغمي عليه
او نام فاحرم المأمور عنه صح بالاجماع حتى اذا افاق او استيقظ واتى
بافعال الحج جاز لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره به وهذا لانه
لم يصرح بالاذن والدلالة تقف على العلم وجواز الاذن به لا يعرفه كثير
من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره بذلك صريحاً وله انه لما
عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته
بنفسه والاحرام هو المقصود بهذا السفر فكان الاذن به ثابتاً دلالة
والعلم ثابت نظراً الى الدليل والحكم يدار عليه والمرأة في جميع ذلك كالرجل
لانها مخاطبة كالرجال غير انها لا تكشف رأسها لانه عورة وتكشف وجهها
لقوله صلى الله عليه وسلم احرام المرأة في وجهها ولو سدلت شيئاً على وجهها
وجافته عنه جاز هكذا روي عن عائشة رضي الله عنها ولانه بمنزلة الاستظلال
بالمحمل ولا ترفع صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين
لانه يخل بستر العورة ولا تحلق ولكن تقصر لما روي انه عليه السلام نهى النساء
عن الحلق وامرهن بالتقصير ولان حلق الشعر في حقها مثلة كحلق اللحية
في حق الرجل وتلبس من المخيط ما بدا لها لان في لبس غير المخيط كشف العورة
قالوا ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع عظيم لانها ممنوعة عن مماسة
الرجال الا ان تجد الموضع خالياً قال ومن قلد بدنة تطوعاً او نذراً او
جزاء صيد او شيئاً من الاشياء وتوجه معها يريد الحج فقد احرم لقوله
عليه السلام من قلد بدنة فقد احرم ولان سوق الهدي في معنى التلبية
في اظهار الاجابة لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمرة واظهار الاجابة قد
يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرماً لاتصال النية بفعل هو من
خصائص الاحرام وصفة التقليد ان يربط على عنق بدنته قطعة نعل او
عروة مزادة او لحاء شجر فان قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرماً

لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كنت افتل قلائد هدي رسول
الله صلى الله عليه وسلم فبعث بها واقام في اهله حلالا فان توجه بعد ذلك لم يصر
محرما حتى يلحقها لان عند التوجه اذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه لم يوجد
منه الا مجرد النية وبمجرد النية لا يصير محرما فاذا ادركها وساقها او ادركها
فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الاحرام فيصير محرما كما لو ساقها في
الابتداء قال الا في بدنة المتعة فانه محرم حين توجه معناه اذا نوى الاحرام
وهذا استحسان وجه القياس فيه ما ذكرنا ووجه الاستحسان ان هذا الهدي
مشروع على الابتداء نسكا من مناسك الحج وضعا لانه مختص بمكة ويجب
شكرا للجمع بين اداء النسكين في سفر واحد وغيره قد يجب بالجناية وان لم يصل
الى مكة فلهذا اكتفي فيه بالتوجه وفي غيره توقف على حقيقة الفعل فان جلل
بدنة او اشعرها او قلد شاة لم يكن محرما لان التجليل لدفع الحر والبرد والذباب
فلم يكن من خصائص الحج والاشعار مكروه عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يكون من
النسك في شيء وعندهما ان كان حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد
لانه يختص بالهدي وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة ايضا قال والبدن
من الابل والبقر وقال الشافعي رحمه الله من الابل خاصة لقوله عليه السلام في حديث
الجمعة فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما
ولنا ان البدنة تنبئ عن البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى
ولهذا يجزئ كل واحد منهما عن سبعة والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي
جزورا

باب القران

القران افضل من التمتع والافراد وقال
الشافعي رحمه الله الافراد افضل وقال مالك التمتع افضل من القران لان له ذكرا
في القرآن بقوله تعالى فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج الآية ولا ذكر للقران
فيه وللشافعي رحمه الله قوله عليه السلام القران رخصة ولان في الافراد
زيادة التلبية والسفر والحلق ولنا قوله عليه السلام يا آل محمد اهلوا بحجة

وعمرة معا ولان فيه جمعا بين العبادتين فاشبه الصوم والاعتكاف
والحراسة في سبيل الله تعالى وصلوة الليل والتلبية غير محصورة والسفر
غير مقصود والحلق خروج عن العبادة فلا ترجيح بما ذكره والمقصود بما
روي نفي قول اهل الجاهلية ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور وللقران ذكر
في القرآن لان المراد من قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة
اهله على ما روينا من قبل ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامة احرامهما من الميقات
الى ان يفرغ منهما ولا كذلك التمتع فكان القران اولى منه وقيل الاختلاف
بيننا وبين الشافعي رحمه الله بناء على ان القارن عندنا يطوف طوافين
ويسعى سعيين وعنده طوافا واحدا وسعيا واحدا وصفة القران
ان يهل بالعمرة والحج معا من الميقات ويقول عقيب الصلوة اللهم
اني اريد الحج والعمرة فيسرهما وتقبلهما مني لان القران هو الجمع بين
الحج والعمرة من قولك قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت بينهما وكذا اذا ادخل
حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق اذ الاكثر
منها قائم ومتى عزم على ادائهما يسأل الله فيهما وقدم العمرة على الحج فيه
وكذلك يقول لبيك بعمرة وحجة معا لانه يبتدئ بافعال العمرة فكذلك
يبدأ بذكرها فان اخر ذلك في الدعاء والتلبية لا بأس به لان الواو للجمع
ولو نوى بقلبه ولم يذكرهما في التلبية اجزأه اعتبارا بالصلوة فاذا دخل
مكة ابتدأ فطاف بالبيت سبعة اشواط يرمل في الثلث الاول منها
ويسعى بعدها بين الصفا والمروة وهذه افعال العمرة ثم يبدأ بافعال
الحج فيطوف طواف القدوم سبعة اشواط ويسعى كما بينا في المفرد
ويقدم افعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران في معنى
المتعة ولا يحلق بين العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما يحلق
في يوم النحر كما يحلق المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد

ثم هذا مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا
لقوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيمة ولان مبنى القران على
التداخل حتى اكتفي فيه بتلبية واحدة وبسفر واحد فكذلك في الاركان ولنا
انه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه هديت
لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم ولان القران ضم عبادة الى عبادة وذلك
انما يتحقق باداء عمل كل واحد على الكمال ولانه لا تداخل في العبادات والسفر
للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل فليست هذه الاشياء مقاصد
بخلاف الاركان الا ترى ان شفعي التطوع لا يتداخلان وبتحريمة واحدة يؤديان
ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة في وقت الحج وان طاف طوافين لعمرته وحجته
وسعى سعيين يجزيه لانه اتى بما هو مستحق عليه وقد اساء بتاخير سعي العمرة
وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شيء اما عندهما فظاهر لان التقديم والتاخير
في المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب
الدم فتقديمه اولى والسعي بتاخيره بالاشتغال بعمل آخر لا يوجب الدم فكذلك
بالاشتغال بالطواف قال واذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة
او سبع بدنة فهذا دم القران لانه في معنى المتعة والهدي منصوص عليه
فيها والهدي من الابل والبقر والغنم على ما نذكر في بابه ان شاء الله تعالى
اراد بالبدنة ههنا البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقر على ما ذكرنا
وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة فاذا لم يكن له ما يذبح صام ثلثة ايام
في الحج آخرها يوم عرفة وسبعة ايام اذا رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد
فصيام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص
وان ورد في التمتع فالقران مثله لانه مرتفق باداء النسكين والمراد بالحج
والله اعلم وقته لا نفسه لان نفسه لا يصلح ظرفا الا ان الافضل ان يصوم
قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدي

الهدي فيستحب تاخيره الى آخر وقته رجاء ان يقدر على الاصل وان صام
بمكة بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد مضي ايام التشريق لان الصوم
فيها منهي عنه وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه لانه معلق بالرجوع الا ان ينوي
المقام فحينئذ يجزيه لتعذر الرجوع ولنا ان معناه رجعتم عن الحج اي فرغتم
اذ الفراغ سبب الرجوع الى اهله فكان الاداء بعد السبب فيجوز فان فاته
الصوم حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم وقال الشافعي يصوم بعد هذه
الايام لانه صوم موقت فيقضى وقال مالك يصوم فيها لقوله تعالى فمن لم يجد
فصيام ثلثة ايام في الحج وهذا وقته ولنا النهي المشهور عن الصوم في هذه
الايام فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا يتادى به ما وجب كاملا ولا يؤدى
بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص خصه بوقت
الحج وجاز الدم على الاصل وعن عمر رضي الله عنه انه امر في مثله بذبح الشاة
فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي
فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف
لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج وذلك
خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه على الصحيح من مذهب ابي حنيفة رحمه الله
ايضا والفرق له بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة اذا توجه اليها ان الامر هنالك
بالتوجه متوجه بعد اداء الظهر والتوجه في القران والتمتع منهي عنه قبل اداء
العمرة فافترقا قال وسقط عنه دم القران لانه لما ارتفضت العمرة بالوقوف
لم يوفق لاداء النسكين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها فاشبه المحصر
باب التمتع التمتع افضل من الافراد عن ابي حنيفة رحمه الله
ان الافراد افضل لان المتمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع
لحجته وجه ظاهر الرواية ان في التمتع جمعا بين العبادتين فاشبه القران
ثم فيه زيادة نسك وهو اراقة الدم وسفره واقع لحجته وان تخللت

العمرة لانها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعي اليها والتمتع على
وجهين متمتع يسوق الهدي ومعنى التمتع الترفق باداء النسكين
في سفر واحد من غير ان يلم باهله بينهما المامًا صحيحًا ويدخله اختلافات
نبينها ان شاء الله تعالى وصفته ان يبتدئ من الميقات فيحرم بالعمرة ويدخل
مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق او يقصر وقد حل من عمرته وهذا هو تفسير
العمرة وكذلك اذا اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل رسول الله
صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء وقال مالك رحمه الله لا حلق عليه انما العمرة
الطواف والسعي وحجتنا عليه ما روينا وقوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين
الاية نزلت في عمرة القضاء ولانها لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها
تحلل بالحلق كالحج قال ويقطع التلبية اذا ابتدأ بالطواف وقال مالك رحمه الله
كما وقع بصره على البيت لان العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا ان النبي عليه السلام
في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ولان المقصود هو الطواف فيقطعها
عند افتتاحه ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي قال ويقيم بمكة حلالا لانه
حل من العمرة فاذا كان يوم التروية احرم بالحج من المسجد والشرط ان يحرم من الحرم
اما المسجد فليس بلازم وهذا لانه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم لما بينا
وفعل ما يفعله الحاج المفرد لانه مؤد للحج الا انه يرمل في طواف الزيارة ويسعى
بعده لان هذا اول طواف له في الحج بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان
هذا المتمتع بعد ما احرم بالحج طاف وسعى قبل ان يروح الى منى لم يرمل
في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه قد اتى بذلك مرة وعليه دم التمتع
للنص الذي تلوناه فان لم يجد صام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا
رجع على الوجه الذي بيناه في القران فان صام ثلاثة من شوال ثم اعتمر
لم يجزه عن الثلاثة لان سبب وجوب هذا الصوم التمتع لانه بدل
عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه قبل وجود

وجود سببه وان صامها بعد ما احرم بالعمرة قبل ان يطوف جاز عندنا
خلافا للشافعي رحمه الله لقوله تعالى فصيام ثلاثة ايام في الحج ولنا انه
اداه بعد انعقاد سببه والمراد بالحج في النص وقته على ما بينا والافضل
تاخيرها الى آخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران قال واذا اراد المتمتع
ان يسوق الهدي احرم وساق هديه وهذا افضل لان النبي صلى الله
عليه وسلم ساق الهدايا مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة فان كانت
بدنة قلدها بمزادة او نعل لحديث عائشة رضي الله عنها على ما روينا والتقليد
اولى من التجليل لان له ذكرا في الكتاب ولانه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي
ثم يقلد لانه يصير محرما بتقليد الهدي والتوجه معه على ما سبق والاولى ان
يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق الهدي وهو افضل من ان يقودها لانه
صلى الله عليه وسلم احرم بذي الحليفة وهداياه تساق بين يديه ولانه
ابلغ في التشهير الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها قال واشعر البدنة
عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشعر عند ابي حنيفة رحمه الله ويكره الاشعار هو
الادماء بالجرح لغة وصفته ان يشق سنامها بان يطعن في اسفل السنام
من الجانب الايمن قالوا والاشبه هو الايسر لان النبي صلى الله عليه وسلم طعن
في جانب اليسار مقصودا وفي الجانب الايمن اتفاقا ويلطخ سنامها
بالدم اعلاما وهذا الصنيع مكروه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما حسن
وعند الشافعي رحمه الله سنة لانه مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن
الخلفاء الراشدين ولهما ان المقصود من التقليد ان لا يهاج اذا ورد
ماء او كلاء او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم لانه الزم فمن هذا الوجه
يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة فقلنا بحسنه ولابي حنيفة رحمه الله
انه مثلة وانه منهي عنه ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرم واشعار النبي عليه السلام

لصيانة الهدي لأن المشركين لا يمتنعون عن تعرضه إلا به وقيل أبا حنيفة رحمه الله كره إشعار أهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل إنما كره إيثاره على التقليد قال فإذا دخل مكة طاف وسعى وهذا للعمرة على ما بينا في المتمتع لا يسوق الهدي إلا أنه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله صلى الله عليه وسلم لو استقبلت من أمري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدي قال ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم أهل مكة على ما بينا قال وإن قدم الإحرام قبله جاز وما عجل المتمتع من الإحرام بالحج فهو أفضل لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة وهذه الأفضلية في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق وعليه دم وهو دم المتمتع على ما بينا وإذا حلق يوم النحر فقد حل من الإحرامين لأن الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلاة فيتحلل به عنهما قال وليس لأهل مكة تمتع ولا قران وإنما لهم الإفراد خاصة خلافا للشافعي رحمه والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام ولأن شرعهما للترفه بإسقاط إحدى السفرتين وهذا في حق الآفاقي ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصح لأن عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقي قال وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه لأنه ألم بأهله فيما بين النسكين إلماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن عدة من التابعين وإذا ساق الهدي فإلمامه لا يكون صحيحا فلا يبطل تمتعه عند أبي حنيفة رحمه وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله يبطل لأنه أداهما بسفرتين ولهما أن العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع لأن السوق يمنعه عن التحلل فلم يصح إلمامه بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لأن العود هناك غير مستحق عليه فيصح إلمامه بأهله قال ومن أحرم بعمرة قبل أشهر الحج فطاف لها

لها أقل من أربعة أشواط ثم دخلت أشهر الحج فتممها وأحرم بالحج كان متمتعا لأن الإحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على أشهر الحج وإنما يعتبر أداء الأفعال فيها وقد وجد الأكثر وللأكثر حكم الكل وإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج أربعة أشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لأنه أدى الأكثر قبل أشهر الحج وهذا لأنه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما إذا تحلل منها قبل أشهر الحج وقال مالك رحمه الله يعتبر الإتمام في أشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا ولأن الترفق بأداء الأفعال والمتمتع مترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج قال وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير ولأن الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وهذا يدل على أن المراد من قوله تعالى الحج أشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله قال فإن قدم الإحرام بالحج عليها جاز إحرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي رحمه فإنه عنده يصير محرما بالعمرة عنده لأنه ركن عنده وهو شرط عندنا فأشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت ولأن الإحرام تحريم أشياء وإيجاب أشياء وذلك يصح في كل زمان وصار كالتقديم على المكان فإذا قدم الكوفي بعمرة في أشهر الحج وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكة أو البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع أما الأول فلأنه ترفق بنسكين في سفر واحد في أشهر الحج وأما الثاني فقيل هو بالاتفاق وقيل هو قول أبي حنيفة رحمه وعندهما لا يكون متمتعا لأن المتمتع من يكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هذان ميقاتيتان وله أن السفرة الأولى قائمة ما لم يعد إلى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيه فوجب دم المتمتع قال وإن قدم بعمرة فأفسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو متمتع لأنه إنشاء سفر وقد ترفق

فيه بنسكين وله انه باق على سفره ما لم يرجع الى وطنه فان كان رجع
الى اهله ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه يكون متمتعا في قولهم جميعا لان
هذا انشاء سفر لانتهاء السفر الاول وقد اجتمع له نسكان صحيحان
فيه ولو بقي بمكة ولم يخرج الى البصرة حتى اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لا يكون
متمتعا بالاتفاق لان عمرته مكية والسفر الاول قد انتهى بالعمرة الفاسدة
ولا تمتع لاهل مكة قال ومن اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه فايهما افسد مضى
فيه لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام الا بالافعال وسقط دم المتعة
لانه لم يترفق باداء نسكين صحيحين في سفرة واحدة قال واذا تمتعت
المراة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة لانها اتت بغير الواجب وكذا الجواب
في الرجل قال واذا حاضت المراة عند الاحرام اغتسلت واحرمت وصنعت
كما يصنع الحاج غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة رضي الله
عنها حين حاضت بسرف ولان الطواف في المسجد والوقوف في المفازة
وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلاة فيكون مفيدا فان حاضت بعد
الوقوف وبعد طواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء عليها لطواف الصدر
لانه صلى الله عليه وسلم رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر قال ومن
اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر لانه على من يصدر الا اذا
اتخذها دارا بعد ما حل النفر الاول فيما يروى عن ابي حنيفة ويرويه البعض
عن محمد رحمه الله لانه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد
ذلك **باب الجنايات** واذا تطيب المحرم فعليه الكفارة
فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وذلك مثل الراس والساق والفخذ
وما اشبه ذلك لان الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل
فيترتب عليه كمال الموجب وان طيب اقل من عضو فعليه صدقة لقصور الجناية
وقال محمد يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى انه اذا طيب

ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما
من بعد ان شاء الله تعالى ثم واجب الدم يتادى بالشاة في جميع
المواضع الا في موضعين نذكرهما في باب الهدي ان شاء الله تعالى
وكل صدقة في الاحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل
القملة والجرادة هكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله قال فان خضب
راسه بحناء فعليه دم لانه طيب قال صلى الله عليه وسلم الحناء طيب
وان صار ملبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية ولو خضب
راسه بالوسمة لا شيء عليه لانها ليست بطيب وعن ابي يوسف رحمه
الله انه اذا خضب راسه بالوسمة لاجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار
انه يغلف راسه وهذا صحيح ثم ذكر في الاصل راسه ولحيته واقتصر على
ذكر الراس في الجامع الصغير لان كل واحد منهما مضمون عليه قال
وان ادهن بزيت فعليه دم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه الصدقة
وقال الشافعي رحمه الله ان استعمله في الشعر فعليه دم لازالة الشعث
وان استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه ولهما انه من الاطعمة الا ان
فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام وازالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولابي
حنيفة رحمه الله انه اصل الطيب ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام
ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فتتكامل الجناية بهذه الجملة فيوجب
الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت البحت
والخل البحت اما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما اشبههما يجب باستعماله
الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى
به جرحه او شقوق رجليه فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب في نفسه
انما هو اصل الطيب او طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب
بخلاف ما اذا تداوى بالمسك وما اشبهه قال وان لبس ثوبا مخيطا او

غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة
وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا لبس اكثر من نصف يوم فعليه دم وهو
قول ابي حنيفة رحمه الله اولا وقال الشافعي رحمه الله يجب الدم بنفس اللبس
لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا ان معنى الترفق مقصود
من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدر
باليوم لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة وتتقاصر فيما دونه الجناية فتجب الصدقة
غير ان ابا يوسف رحمه الله اقام الاكثر مقام الكل ولو ارتدى بالقميص او اتشح به
او ائتزر بالسراويل فلا بأس به لانه لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو ادخل منكبيه
في القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافا لزفر رحمه الله لانه ما لبسه لبس القباء
ولهذا يتكلف في حفظه والتقدير في تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه
ولا خلاف في انه اذا غطى جميع رأسه يوما كاملا يجب عليه الدم لانه ممنوع عنه
ولو غطى بعض رأسه فالمروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق
والعورة وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر اكثر الرأس اعتبارا للحقيقة قال واذا حلق
ربع رأسه او ربع لحيته فصاعدا فعليه دم وان كان اقل من الربع فعليه
صدقة وقال مالك رحمه الله لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي يجب بحلق القليل
اعتبارا بنبات الحرم ولنا ان حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لانه معتاد فتتكامل
الجناية وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب ربع العضو لانه غير مقصود وكذا حلق
بعض اللحية معتاد بالعراق وارض العرب وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه
عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما فعليه دم لان كل واحد
منهما عضو مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة ذكر
في الابطين الحلق ههنا وفي الاصل النتف وهو السنة وقال ابو يوسف رحمه الله
ومحمد رحمه الله اذا حلق عضوا فعليه دم وان حلق اقل فطعام اراد به الصدقة

الصدر والساق وما اشبه ذلك لانه مقصود بطريق التنور فيتكامل
بحلق كله فيتقاصر عند حلق بعضه وان شاربه فعليه طعام حكومة عدل
ومعناه انه ينظر ان هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب
ذلك حتى لو كان مثلا مثل ربع الربع مثلا يلزمه قيمة ربع الشاة ولفظة
الاخذ من الشارب تدل على انه هو السنة فيه دون الحلق والسنة ان يقص
حتى يوازي الاطار قال وان حلق موضع المحاجم فعليه دم عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا عليه صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من المحظورات فكذا
ما يكون وسيلة اليها الا ان فيه ازالة شيء من التفث فتجب الصدقة ولابي
حنيفة رحمه الله ان حلقه مقصود لانه لا يتوسل الى المقصود الا به وقد
وجد ازالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم قال وان حلق رأس محرم
بامره او بغير امره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق دم وقال الشافعي رحمه الله
لا يجب اذا كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله ان الاكراه يخرج المكره
من ان يكون مؤاخذا بحكم الفعل والنوم ابلغ منه وعندنا بسبب النوم والاكراه
ينتفي المأثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال من الراحة والزينة فيلزمه الدم
حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الآفة هناك سماوية وههنا من العباد ثم
لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق لان الدم انما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور
في حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب في حق المحلوق رأسه
واما الحالق تلزمه صدقة في مسألتنا في الوجهين وقال الشافعي لا شيء عليه
وعلى هذا الخلاف اذا حلق المحرم رأس حلال له ان معنى الارتفاق لا يتحقق
بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان محظور
الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر
غيره الا ان كمال الجناية في شعره فان اخذ من شاربه حلال او قلم اظافيره
اطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه يتأذى بتفث

غيره وإن كان أقل من ذلك لتأذيه بنتف نفسه فيلزمه الطعام وإن قص
أظافير يديه ورجليه فعليه دم لأنه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث
وإزالة ما ينمو عن البدن فإذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم ولا
يزاد على دم إن حصل في مجلس واحد لأن الجناية من نوع واحد وإن كان في
مجالس فكذلك عند محمد لأن مبناها على التداخل فأشبه كفارة الفطر إلا إذا
تخللت الكفارة لارتفاع الأولى بالتكفير وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه
أربعة دماء إن قلم في كل مجلس يدا أو رجلا لأن الغالب فيه معنى العبادة
فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في آي السجدة وإن قص يدا أو رجلا فعليه
دم إقامة للربع مقام الكل كما في الحلق للرأس وإن قص أقل من خمسة أظافير
فعليه صدقة معناه تجب لكل ظفر صدقة وقال زفر رحمه الله يجب الدم بقص
ثلاثة منها وهو قول أبي حنيفة رحمه الله الأول لأن في أظافير اليد الواحدة دما
والثلاث أكثرها وجه المذكور في الكتاب أن أظافير كف واحد أقل ما يجب الدم
بقلمه وقد أقمناها مقام الكل فلا يقام أكثرها مقام كلها لأنه يؤدي إلى ما لا
يتناهى وإن قص خمسة أظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبي
حنيفة وأبي يوسف وقال محمد عليه دم اعتبارا بما إذا قصها من كف واحد وبما
إذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة ولهما أن كمال الجناية بنيل الراحة والزينة
وبالقلم على هذا الوجه يتأذى به ويشينه ذلك بخلاف الحلق لأنه معتاد على ما
مر وإذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة فيجب بقلم كل ظفر طعام مسكين
وكذلك لو قلم أكثر من خمسة متفرقا إلا أن يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه
ما شاء وإن انكسر ظفر المحرم فتعلق فأخذه فلا شيء عليه لأنه لا ينمو بعد الانكسار
فأشبه اليابس من شجر الحرم وإن تطيب أو لبس أو حلق من عذر فهو مخير إن شاء
ذبح شاة وإن شاء تصدق على ستة مساكين بثلاثة أصوع من طعام
وإن شاء صام ثلاثة أيام لقوله تعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وكلمة

وكلمة أو للتخيير وقد فسرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكرنا والآية نزلت
في المعذور ثم الصوم يجزيه في أي موضع شاء لأنه عبادة في كل مكان وكذلك
الصدقة عندنا لما بينا وأما النسك فيختص بالحرم بالاتفاق لأن الإراقة
لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان وهذا الدم لا يختص بزمان فيتعين اختصاصه
بالمكان ولو اختار الطعام أجزأه فيه التغدية والتعشية عند أبي يوسف اعتبارا
بكفارة اليمين وعند محمد لا يجزيه لأن الصدقة تنبئ عن التمليك وهو المذكور

فصل وإن نظر إلى فرج امرأة بشهوة فأمنى فلا شيء عليه لأن المحرم
هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فأمنى وإن قبل أو لمس بشهوة فعليه
دم وفي الجامع الصغير يقول إذا مس بشهوة فأمنى ولا فرق بينهما إذا أنزل
أو لم ينزل ذكره في الأصل وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعي
يفسد إحرامه في جميع ذلك إذا أنزل اعتبارا بالصوم ولنا أن فساد الحج
يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود
فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع إلا أن فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة
وذلك محظور الإحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لأن المحرم فيه قضاء الشهوة
ولا يحصل بدون الإنزال فيما دون الفرج وإن جامع في أحد السبيلين
قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسد
حجه والأصل فيه ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عمن واقع امرأته
وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا
نقل عن جماعة من الصحابة وقال الشافعي رحمه الله يجب بدنة اعتبارا بما لو
جامع بعد الوقوف والحجة عليه إطلاق ما روينا ولأن القضاء لما وجب عليه
ولا يجب إلا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف
ما بعد الوقوف لأنه لا قضاء ثم سوى بين السبيلين وعن أبي حنيفة أنه
في غير القبل منهما لا تفسد لتقاصر معنى الوطء فكان عنه روايتان وليس

عليه أن يفارق امرأته في قضاء ما أفسداه عندنا خلافاً لمالك إذا خرجا
من بيتهما ولزفر إذا أحرما وللشافعي رحمه الله إذا انتهيا إلى المكان الذي جامعها
فيه لهم أنهما يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان ولنا أن
الجامع وهو النكاح بينهما قائم ولا معنى للافتراق قبل الإحرام لإباحة الوقاع
ولا بعده لأنهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة
فيزدادان ندماً وتحرزاً فلا معنى للافتراق ومن جامع بعد الوقوف بعرفة
لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافاً للشافعي فيما إذا جامع قبل الرمي لقوله
عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وإنما تجب البدنة لقول ابن عباس
رضي الله عنهما أو لأنه أعلى أنواع الارتفاقات فيتغلظ موجبه وإن جامع
بعد الحلق فعليه شاة لبقاء إحرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما أشبهه
فخفت الجناية فاكتفي بالشاة ومن جامع في العمرة قبل أن يطوف أربعة أشواط
فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها وعليه شاة وإذا جامع بعد ما طاف
أربعة أشواط أو أكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته وقال الشافعي رحمه الله تفسد
في الوجهين وعليه بدنة اعتباراً بالحج إذ هي فرض عنده كالحج ولنا أنها سنة
فكانت أحط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج إظهاراً للتفاوت
ومن جامع ناسياً كان كمن جامع عامداً وقال الشافعي رحمه الله جماع الناسي
غير مفسد للحج وكذا الخلاف في جماع النائمة والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه
العوارض فلم يقع الفعل جناية ولنا أن الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الإحرام
ارتفاقاً مخصوصاً وهذا لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في معنى الصوم
لأن حالات الإحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلاة بخلاف الصوم

فصل

ومن طاف طواف القدوم محدثاً فعليه صدقة وقال الشافعي رحمه الله لا يعتد به
لقوله عليه السلام الطواف صلاة إلا أن الله تعالى أباح فيه المنطق فتكون الطهارة
من شرطه ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضاً

فرضاً ثم قيل هي سنة والأصح أنها واجبة لأنه يجب بتركها الجابر ولأن الخبر
يوجب العمل فيثبت به الوجوب فإذا شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير
واجباً بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة إظهاراً لدنو
رتبته عن الواجب بإيجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة وكذا الحكم في كل طواف
هو تطوع ولو طاف طواف الزيارة محدثاً فعليه شاة لأنه أدخل النقص
في الركن فكان أفحش من الأول فيجبر بالدم وإن كان جنباً فعليه بدنة كذا
روي عن ابن عباس رضي الله عنه ولأن الجنابة أغلظ من الحدث فيجب جبر
نقصانها بالبدنة إظهاراً للتفاوت وكذا إذا طاف أكثره جنباً أو محدثاً
لأن أكثر الشيء له حكم كله والأفضل أن يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح
عليه وفي بعض النسخ وعليه أن يعيد والأصح أنه يؤمر بالإعادة في الحدث
استحباباً وفي الجنابة إيجاباً لفحش النقصان بسبب الجنابة وقصوره بسبب
الحدث ثم إذا أعاده وقد طافه محدثاً لا ذبح عليه وإن أعاده بعد
أيام النحر لأن بعد الإعادة لا يبقى إلا شبهة النقصان وإن أعاده وقد
طافه جنباً في أيام النحر فلا شيء عليه لأنه أعاده في وقته وإن أعاده بعد
أيام النحر لزمه الدم عند أبي حنيفة رحمه الله بالتأخير على ما عرف من مذهبه ولو
رجع إلى أهله وقد طافه جنباً فعليه أن يعود لأن النقص كثير فيؤمر بالعود
استدراكاً له ويعود بإحرام جديد وإن لم يعد وبعث بدنة أجزأه لما
بينا أنه جابر له إلا أن الأفضل هو العود ولو رجع إلى أهله وقد طاف
محدثاً إن عاد وطاف جاز وإن بعث بالشاة فهو أفضل لأنه خف معنى
النقصان وفيه نفع للفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة أصلاً حتى رجع إلى
أهله فعليه أن يعود بذلك الإحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء
أبداً حتى يطوف ومن طاف طواف الصدر محدثاً فعليه صدقة لأنه دون
طواف الزيارة وإن كان واجباً فلا بد من إظهار التفاوت وعن أبي حنيفة رحمه

انه يجب شاة الا ان الاول اصح وان طاف جنبا فعليه شاة لانه
نقص كثير ثم هو عود الى طواف الزيارة فيكتفي بالشاة ومن ترك من طواف
الزيارة ثلثة اشواط فما دونها فعليه شاة لان النقصان بترك الاقل يسير
فاشبه النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة فان رجع الى اهله اجزاه ان
لا يعود ويبعث شاة لما بينا ومن ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها
لان المتروك اكثر فصار كانه لم يطف اصلا ومن ترك طواف الصدر او اربعة
اشواط منه فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر منه وما دام بمكة يؤمر بالاعادة
اقامة للواجب في وقته ومن ترك ثلثة اشواط من طواف الصدر فعليه صدقة
ومن طاف طواف الواجب في جوف الحجر فان كان بمكة اعاده لان الطواف
وراء الحطيم واجب على ما قدمناه والطواف في جوف الحجر ان يدور حول الكعبة
ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك فقد ادخل نقصا
في طوافه فما دام بمكة اعاده كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع
وان اعاده على الحجر خاصة اجزاه لانه تلافى ما هو المتروك وهو ان ياخذ عن يمينه
خارج الحجر حتى ينتهي الى آخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعله
سبع مرات فان رجع الى اهله ولم يعده فعليه دم لانه تمكن النقصان في طوافه
بترك ما هو قريب من الربع ولا تجزيه الصدقة ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء
وطاف طواف الصدر في آخر ايام التشريق طاهرا فعليه دم فان طاف طواف
الزيارة جنبا فعليه دمان عند ابي حنيفة وقالا عليه دم واحد لان في الوجه الاول
لم ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب
الحدث غير واجب وانما هو مستحب فلا ينقل اليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف
الصدر الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة فيصير تاركا لطواف الصدر
مؤخرا لطواف الزيارة عن ايام النحر فيجب الدم بترك طواف الصدر بالاتفاق
وبتاخير الآخر على الخلاف الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر

يؤمر بعد الرجوع على ما بينا ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء
وحل فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه اما اعادة الطواف فلتمكن
النقص فيه بسبب الحدث واما السعي فلانه تبع للطواف وان اعادهما
لا شيء عليه لارتفاع النقصان وان رجع الى اهله قبل ان يعيد فعليه دم
لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء الركن اذ النقصان
يسير وليس عليه في السعي شيء لانه اتى به على اثر طواف معتد به وكذا اذا
اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح ومن ترك السعي بين الصفا والمروة
فعليه دم وحجه تام لان السعي من الواجبات عندنا فيلزمه بتركه الدم دون
الفساد ومن افاض من عرفات قبل الامام فعليه دم وقال الشافعي لا شيء
عليه لان الركن اصل الوقوف فلا يلزمه بترك الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة
الى غروب الشمس واجب لقوله عليه السلام فادفعوا بعد غروب الشمس
فيجب بتركه الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا لان استدامة الوقوف على من وقف
نهارا لا ليلا فان عاد الى عرفات بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في
ظاهر الرواية لان المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب
ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم لانه من الواجبات ومن ترك رمي الجمار في
الايام كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لان الجنس متحد كما
الحلق والترك انما يتحقق بغروب الشمس من آخر ايام الرمي لانه لم يعرف قربة
الا فيها وما دامت الايام باقية فالاعادة ممكنة فيرميها على التاليف ثم
بتاخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ومن ترك رمي يوم واحد
فعليه دم لانه نسك تام ومن ترك رمي احدى الجمار الثلث فعليه صدقة
لان الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك اقل الا ان يكون المتروك
اكثر من النصف فحينئذ يلزمه دم لوجود ترك الاكثر وان ترك رمي جمرة العقبة
في يوم النحر فعليه دم لانه كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذلك اذا ترك الاكثر

منها وان ترك منها حصاة او حصاتين او ثلاثا تصدق لكل حصاة
نصف صاع الا ان يبلغ دما فينقص ما شاء لان ما تركه هو الاقل من
فتكفيه الصدقة ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر فعليه دم عند ابي حنيفة رحمه الله
وكذا اذا اخر طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه في الوجهين وكذا الخلاف في
تاخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي
والحلق قبل الذبح لهما ان ما فات مستدرك بالقضاء فلا يجب مع القضاء
شيء آخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال من قدم نسكا على نسك فعليه
الدم ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام
فكذا التاخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان وان حلق في ايام النحر في غير الحرم
فعليه دم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف لا شيء عليه قال رحمه الله ذكر في الجامع الصغير قول ابي يوسف في
المعتمر ولم يذكره في الحاج وقيل هو بالاتفاق لان السنة جرت في الحج بالحلق
بمنى وهو من الحرم والاصح انه على الخلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان النبي
عليه السلام واصحابه احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما ان الحلق
لما جعل محللا صار كالسلام في آخر الصلاة فانه من واجباتها وان كان محللا
فاذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا
فيه فالحاصل ان الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند ابي حنيفة رحمه الله وعند
ابي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد رحمه الله يتوقت بالمكان دون الزمان وعند
زفر يتوقت بالزمان دون المكان وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين
بالدم اما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق والتقصير والحلق في العمرة غير موقت
بالزمان بالاجماع لان اصل العمرة لا يتوقت بخلاف المكان لانه موقت به قال
فان لم يقصر حتى رجع الى الحرم وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه اذا
خرج المعتمر ثم عاد لانه اتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانه فان حلق القارن قبل

قبل ان يذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة رحمه الله دم بالحلق في غير اوانه لان
اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد
وهو الاول ولا يجب بسبب التاخير شيء على ما بينا **فصل** اعلم ان
صيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال له لقوله تعالى احل لكم صيد
البحر الى آخر الآية وصيد البر ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما
يكون توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش في اصل الخلقة
واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس الفواسق وهي الكلب العقور
والذئب والحدأة والغراب والحية والعقرب فانها مبتديات بالاذى
والمراد به الغراب الذي ياكل الجيف هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله قال واذا
قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما القتل فلقوله تعالى لا
تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم الآية
نص على ايجاب الجزاء واما الدلالة ففيها خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول الجزاء
تعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما
روينا من حديث ابي قتادة وقال عطاء اجمع الناس على ان على الدال الجزاء
ولان الدلالة من محظورات الاحرام ولانه تفويت الامن على الصيد اذ هو
آمن بتوحشه وتواريه فصار كالاتلاف ولان المحرم باحرامه التزم الامتناع
عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع بخلاف الحلال لانه لا التزام من جهته
على ان فيه الجزاء على ما روي عن ابي يوسف وزفر رحمهما الله والدلالة الموجبة
للجزاء ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وان يصدقه في الدلالة
حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على المكذب ولو كان الدال حلالا في الحرم
لم يكن عليه شيء لما قلنا وسواء في ذلك العامد والناسي لانه ضمان يعتمد وجوبه
الاتلاف فاشبه غرامات الاموال والمبتدئ والعائد سواء لان الموجب لا يختلف
والجزاء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان يقوم الصيد في المكان الذي قتل

بر او في اقرب المواضع منه اذا كان في بر يقومه ذوا عدل ثم هو مخير في الفداء
ان شاء ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت هديا وان شاء اشترى بها طعاما
وتصدق به على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير وان شاء صام
على ما نذكر وقال محمد والشافعي رحمهما الله يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة
وفي الضبع شاة وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار
الوحش بقرة لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة
لان القيمة لا تكون نعما والصحابة رضوان الله عليهم اجمعين اوجبوا النظير من حيث
الخلقة والنظر في النعامة وحمار الوحش والظبي والارنب على ما بيناه وقال عليه السلام
الضبع صيد وفيه شاة وما ليس له نظير عند محمد تجب فيه القيمة مثل العصفور والحمام
واشباههما واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي رحمه الله يوجب في الحمامة
شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر ولابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله ان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فحمل
على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد او لكونه مرادا بالاجماع
او لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد بالنص والله اعلم فجزاء قيمة ما قتل من
النعم الوحشي واسم النعم يطلق على الوحشي والاهلي كذا قاله ابو عبيدة والاصمعي
والمراد بما روي التقدير به دون ايجاب المعين اعتبارا بالمعنى ثم الخيار الى القاتل في ان
يجعله هديا او طعاما او صوما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي
رحمهما الله الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما
بالطعام او بالصيام فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لهما ان التخيير شرع رفقا
بمن عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي رحمهما الله قوله تعالى يحكم به
ذوا عدل منكم هديا الآية ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير لقوله تعالى يحكم به ذوا عدل
او مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة او فيكون الخيار اليهما قلنا الكفارة
عطفت على الجزاء لا على الهدي بدليل انه مرفوع وكذا قوله تعالى او عدل ذلك صياما

صياما مرفوع فلم يكن فيهما دلالة اختيار الحكمين وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف ثم
الاختيار بعد ذلك الى من عليه ويقومان في المكان الذي اصابه لاختلاف القيم باختلاف
الاماكن فان كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر اقرب المواضع اليه مما يباع
فيه ويشترى قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد من الغلط
كما في حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى هنا بالنص والهدي لا يذبح الا بمكة لقوله
تعالى هديا بالغ الكعبة ويجوز الاطعام في غيرها خلافا للشافعي رحمه الله هو
يعتبره بالهدي والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن نقول الهدي قربة
غير معقولة فيختص بمكان او زمان اما الصدقة قربة معقولة في كل زمان او
والصوم يجوز في غير مكة لانه قربة في كل مكان فان ذبح بالكوفة اجزاه عن الطعام معناه
اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع
الاختيار على الهدي يهدي ما يجزيه في الاضحية لان مطلق اسم الهدي منصرف اليه
وقال محمد والشافعي يجزي صغار النعم فيها لان الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين
اوجبوا عناقا وجفرة وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجوز الصغار على وجه الاطعام
حتى اذا تصدق به واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا لانه
هو المضمون فتعتبر قيمته فاذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق على كل مسكين نصف
صاع من بر او صاعا من تمر او شعير ولا يجوز ان يطعم المسكين اقل من نصف صاع
لان الطعام المذكور ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع وان اختار الصيام يقوم المقتول
طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر او صاعا من شعير يوما لان تقدير الصيام
بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه
معهود في الشرع كما في باب الفدية فان فضل من الطعام اقل من نصف صاع فهو
مخير ان شاء تصدق به وان شاء صام عنه يوما كاملا لان الصوم اقل من يوم
غير مشروع وكذلك ان كان الواجب دون طعام مسكين يطعم قدر الواجب
او يصوم يوما كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا او نتف شعره او قطع عضوا منه

ضمن ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد ولو نتف ريش طائر أو
قطع قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة لأنه فوت عليه
الأمن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته
وهذا مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما ولأنه أصل الصيد وله
عرضية أن يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا ما لم يفسد فإن خرج من البيضة
فرخ ميت فعليه قيمته وهذا استحسان والقياس أن لا يغرم سوى البيضة لأن حياة
الفرخ غير معلوم وجه الاستحسان أن البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر
قبل أوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا إذا ضرب بطن ظبية
فألقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما وليس في قتل الغراب والحدأة والذئب
والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور جزاء لقوله عليه السلام خمس من الفواسق
يقتلن في الحل والحرم الحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور وقال عليه السلام
يقتل المحرم الفأرة والغراب والحدأة والعقرب والكلب العقور وقد ذكر الذئب في بعض
الروايات وقيل المراد بالكلب العقور الذئب أو يقال إن الذئب في معناه والمراد بالغراب
الذي يأكل الجيف ويخلط لأنه يبتدئ بالأذى أما العقعق فغير مستثنى لأنه لا يسمى
غرابا ولا يبتدئ بالأذى وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الكلب العقور وغير العقور والمستأنس
والمتوحش منهما سواء لأن المعتبر في ذلك الجنس وكذا الفأرة الأهلية والوحشية سواء
والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة لأنهما لا يبتدئان بالأذى وليس في
قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء لأنها ليست بصيود وليست بمتولدة
من البدن ثم هي مؤذية بطباعها والمراد بالنمل السوداء والصفراء التي تؤذي وما
لا تؤذي لا يحل قتلها ولكن لا يجب الجزاء للعلة الأولى ومن قتل قملة تصدق بما شاء
مثل كف من طعام لأنها متولدة من التفث الذي على البدن وفي الجامع الصغير أطعم شيئا
وهذا يدل على أنه يجزيه أن يطعم مسكينا شيئا يسيرا على سبيل الإباحة وإن لم
يكن مشبعا ومن قتل جرادة تصدق بما شاء لأن الجراد من صيد البر فإن الصيد ما لا

يمكن أخذه إلا بحيلة ويقصده الآخذ وتمرة خير من جرادة لقول عمر رضي الله عنه
تمرة خير من جرادة ولا شيء عليه في قتل السلحفاة لأنه من الهوام والحشرات فأشبه
الخنافس والوزغات ولأنه يمكن أخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالأخذ فلم
يكن صيدا ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لأن اللبن من أجزاء الصيد فأشبه كله
ومن قتل ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء إلا ما استثناه الشرع
وهو ما عددناه وقال الشافعي رحمه الله لا يجب الجزاء لأنها جبلت على الإيذاء فدخلت
في الفواسق المستثناة وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها لغة ولنا أن السبع
صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالأخذ إما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه
والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من إبطال العدد واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا
والعرف أملك ولا يجاوز بقيمته شاة وقال زفر رحمه الله يجب بقيمته بالغة ما بلغت
اعتبارا بمأكول اللحم ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد وفيه شاة ولأن اعتبار
قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لأنه محارب مؤذي ومن هذا الوجه لا تزاد على قيمة
الشاة ظاهرا وإذا صال السبع على المحرم فقتله لا شيء عليه وقال زفر رحمه الله يجب الجزاء
اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قتل سبعا وأهدى كبشا وقال
إنا ابتدأناه ولأن المحرم ممنوع عن التعرض لا عن دفع الأذى ولهذا كان مأذونا في دفع
المتوهم من الأذى كما في الفواسق الخمس فلأن يكون مأذونا في دفع المتحقق أولى
ومع وجود الإذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا له بخلاف الجمل الصائل لأنه لا
إذن من صاحب الحق وهو العبد وإن اضطر المحرم إلى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء
لأن الإذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه من قبل ولا بأس للمحرم أن يذبح
الشاة والبقرة والبعير والدجاج والبط الأهلي لأن هذه الأشياء ليست بصيود
لعدم التوحش والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض لأنه ألوف بأصل
الخلقة ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء خلافا لمالك رحمه الله لأنه ألوف مستأنس
ولا يمتنع بجناحه لبطء نهوضه ونحن نقول الحمام متوحش بأصل الخلقة ممتنع

يطير لانه وان كان بطيء النهوض والاستيناس عارض فلم يعتبر وكذا اذا قتل
ظبيا مستانسا لانه صيد في الاصل فلا يبطله الاستيناس كالبعير اذا ند
لا ياخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة
لا يحل اكلها وقال الشافعي رحمه الله يحل ما ذبحه المحرم لغيره لانه عامل له فانتقل
فعله اليه ولنا ان الذكاة فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة
كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي قام مقام الميز بين الدم واللحم
تيسيرا فينعدم بانعدامه فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما اكل
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس عليه جزاء ما اكل وان اكل منه محرم آخر فلا شيء عليه في قولهم
جميعا لهما ان هذه ميتة فلا يلزمه باكلها الا الاستغفار وصار كما لو اكله محرم
غيره ولابي حنيفة ان حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار انه محظور
احرامه لان احرامه هو الذي اخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية في حق
الذكاة فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط مضافة الى احرامه بخلاف محرم آخر
لان تناوله ليس من محظورات احرامه ولا باس بان ياكل المحرم لحم صيد اصطاده
حلال وذبحه اذا لم يدل المحرم عليه ولا امره بصيده خلافا لمالك فيما اذا اصطاده
لاجل المحرم له قوله عليه السلام لا باس باكل المحرم لحم الصيد ما لم يصده او يصد
له ولنا ما روي ان الصحابة رضي الله عنهم تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال
عليه السلام لا باس به واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على ان يهدى اليه الصيد
دون اللحم او معناه ان يصاد بامره ثم شرط عدم الدلالة وهذا تنصيص
على ان الدلالة محرمة قالوا فيه روايتان ووجه الحرمة حديث ابي قتادة وقد
ذكرناه وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال فعليه قيمته يتصدق بها على الفقراء
لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم قال عليه السلام في حديث فيه طول
ولا ينفر صيدها ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست بكفارة فاشبه ضمان
الاموال وهذا لانه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الامن والواجب على المحرم

المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه وهو احرامه
والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحال وقال زفر رحمه الله يجزيه الصوم
اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه وهل يجزيه الهدي ففيه روايتان
ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله فيه اذا كان في يده خلافا للشافعي رحمه الله
فانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد ولنا انه لما حصل
في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم اذ صار هو من صيد الحرم فاستحق
الامن لما روينا فان باعه رد البيع فيه ان كان قائما لان البيع لم يجز
لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام وان كان فائتا فعليه الجزاء لانه تعرض
للصيد بتفويت الامن الذي استحقه وكذا بيع المحرم الصيد من محرم او حلال
لما قلنا ومن احرم وفي بيته او في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله وقال
الشافعي عليه ان يرسله لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا
كان في يده ولنا ان الصحابة كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم
ينقل عنهم ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من احدى الحجج ولان الواجب
ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت والقفص لا بد غير انه
في ملكه ولو ارسله في مفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك وقيل اذا كان
القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع فان اصاب حلال صيدا ثم
احرم فارسله من يده غيره يضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن لان المرسل
آمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل وله انه ملك الصيد بالاخذ
ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد اتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا اخذه
في حالة الاحرام لانه لا يملكه والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته
فاذا قطع يده عنه كان متعديا ونظيره الاختلاف في كسر المعازف وان اصاب
محرم صيدا فارسله من يده غيره لا ضمان عليه بالاتفاق لانه لم يملكه بالاخذ
فان الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر

مادمتم حرما قصاصا كما اذا اشترى المحرم فان قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد
منهما جزاؤه لان الآخذ متعرض للصيد بتفويت الامن والقاتل مقرر لذلك والتقرير
كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ويرجع الآخذ
على القاتل وقال زفر رحمه الله لا يرجع لان الآخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا
ان الآخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الآخذ
علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان اليه فان قطع حشيش الحرم
او شجرة ليس بمملوك وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه لان حرمتهما
تثبت بسبب الحرم قال عليه السلام لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم
في هذه القيمة مدخل لان حرمتها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام فكان من ضمان
المحال على ما بينا ويتصدق بقيمته على الفقراء واذا اداها ملكه كما في حقوق العباد
ويكره بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب محظور شرعا فلو اطلق له في بيعه لتطرق
الناس الى مثله الا انه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق ما نذكره ان شاء
الله تعالى والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق الامن بالاجماع ولان المحرم
المنسوب الى الحرم والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبة الى غيره بالانبات والذي ينبت
عادة اذا انبته انسان التحق بما لا ينبت عادة ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعلى
قاطعه قيمته لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة اخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك في الحرم
وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لانه ليس بنام ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر
وقال ابو يوسف لا بأس بالرعي لان فيه ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا
ما روينا والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة
بخلاف الاذخر لانه استثناه رسول الله عليه السلام فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف
الكمأة لانها ليست من جملة النبات وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد
دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي دم واحد بناء على انه محرم
باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين وقد مر من قبل قال الا ان يتجاوز الميقات غير

محرم ثم يحرم بالعمرة او الحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر رحمه الله ان المستحق
عليه عند الميقات احرام واحد وبتأخيره ترك واجب واحد الا جزاء واحد واذا اشترك
محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد منهما بالشركة يصير
جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء لتعدد الجناية واذا اشترك حلالان في قتل
صيد الحرم فعليهما جزاء واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء عن الجناية فيتحد
باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ تجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما
كفارة واذا باع المحرم صيدا او ابتاعه فالبيع باطل لان بيعه حيا تعرض للصيد
الآمن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة ومن اخرج ظبية من الحرم فولدت اولادا فماتت
هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن
شرعا ولهذا وجب رده الى مأمنه وهذه صفة شرعية فتسري الى الولد فان ادى
جزاءها ثم ولدت فليس عليه جزاء الولد لان بعد اداء الجزاء لم تبق آمنة لان وصول
الخلف كوصول الاصل والله اعلم

باب مجاوزة الوقت بغير احرام

واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى سقط عنه
دم الوقت وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شيء لبى او لم يلب وقال زفر لا
يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود فصار كما اذا افاض من عرفات ثم
عاد اليه بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك في اوانه وذلك قبل الشروع في الافعال
فيسقط الدم بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك على ما مر غير انهما يكتفيان
بعوده محرما لانه اظهر حق الميقات كما اذا ابتدأ محرما ساكتا وعند ابي حنيفة رحمه الله
بعوده محرما ملبيا لان العزيمة في الاحرام من دويرة اهله فاذا ترخص بالتأخير الى
الميقات وجب عليه قضاء حقه بانشاء التلبية فكان التلافي بعوده ملبيا
وعلى هذا الخلاف اذا احرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعد
ما ابتدأ الطواف فاستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد اليه قبل الاحرام

يسقط بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا اذا كان يريد الحج او العمرة فان دخل البستان
لحاجة فله ان يدخل مكة بلا احرام ووقته البستان وهو صاحب المنزل سواء لان
البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده فاذا دخله التحق باهله وللبستاني
ان يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك لمن صار بمنزلته ووقته البستان جميع الحل الذي
بينه وبين الحرم وقد بينا من قبل فكذا وقت الداخل الملحق به فان احرما من الحل ووقفا
بعرفة لم يكن عليهما شيء يريد به البستاني والداخل فيه لانهما احرما من ميقاتهما ومن
دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت فاحرم بحجة عليه اجزاه ذلك من دخوله
مكة بغير احرام وقال زفر رحمه الله لا يجزئه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار
كما اذا تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته لان الواجب عليه تعظيم
هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتداء بخلاف ما اذا
تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتادى الا باحرام مقصود كما في
الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثاني
ومن جاوز الميقات فاحرم بعمرة فافسدها مضى فيها وقضاها لان الاحرام يقع
لازما فصار كما اذا افسد الحج وليس عليه دم لترك الوقت وعلى قياس قول زفر
لا يسقط عنه الدم وهو نظير الاختلاف في فائت الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام وفيمن
جاوز الوقت بغير احرام فاحرم بالحج ثم افسد حجه هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من
المحظورات ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه في القضاء وهو يحكي
الفائت ولا ينعدم به غيره من المحظورات فوضح الفرق واذا خرج المكي يريد الحج فاحرم
ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة لان وقته الحرم وقد جاوزه بغير احرام
فان عاد الى الحرم ولبى او لم يلبه فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الافاقي والمتمتع
اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فاحرم بالحج ووقف بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة
واتى بافعال العمرة صار بمنزلة المكي والاحرام للمكي في الحج من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتركه
عنه فان رجع الى الحرم واهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء عليه وهو على الخلاف الذي

الذي تقدم في الافاقي والله اعلم

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة رحمه الله اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه
يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة وقالا رفض العمرة احب الينا وقضاؤها
وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما لان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة
اولى بالرفض لانها ادنى حالا واقل اعمالا وايسر قضاء لكونها غير موقتة وكذا اذا
احرم بالعمرة ثم بالحج ولم يات بشيء من افعال العمرة لما قلنا وان طاف للعمرة اربعة
اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها
كما اذا فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وله
ان احرام العمرة قد تاكد باداء شيء من اعمالها واحرام الحج لم يتاكد ورفض
غير المتاكد ايسر ولان في رفض العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفي رفض الحج
امتناع عنه وعليه دم بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه
فكان في معنى المحصر الا ان في رفض العمرة قضاؤها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة
لانه في معنى فائت الحج وان مضى عليهما اجزاه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه
منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا وعليه دم لجمعه بينهما
لانه تمكن النقصان في عمله لارتكاب المنهي عنه وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق الافاقي
دم شكر ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان حلق في الاولى لزمته الاخرى
ولا شيء عليه وان لم يحلق في الاولى لزمته الاخرى وعليه دم قصر او لم يقصر عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه لان الجمع بين احرامي الحج او احرامي العمرة
بدعة فاذا حلق فهو وان كان نسكا في الاحرام الاول فهو جناية على الثاني لانه
في غير اوانه فيلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد اخر
الحلق عن وقته في الاحرام الاول وذلك يوجب الدم عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما لا يلزمه شيء لما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرطه
التقصير عندهما ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى فعليه دم لاحرامه قبل الوقت

لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة
ومن اهل بالحج ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الافاقي والمسئلة
فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطأ السنة فيصير مسيئا فلو وقف بعرفات ولم يأت بافعال
العمرة فهو رافض لعمرته لانه تعذر عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة فان توجه
اليها لم يكن رافضا حتى يقف وقد ذكرناه من قبل فان طاف للحج ثم احرم بعمرة فمضى عليهما
لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر فصح الاحرام بهما والمراد بهذا
الطواف طواف التحية وانه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء واذا لم يأت بما هو
ركن يمكنه ان يأتي بافعال العمرة ثم بافعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم
لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لانه بان افعال العمرة على افعال الحج من
وجه ويستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تأكد بشيء من افعاله بخلاف ما اذا لم
يطف للحج واذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها ومن اهل
بعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق لزمته لما قلنا ويرفضها اي يلزمه الرفض لانه قد ادى
ركن الحج فيصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج من وجه وقد كرهت العمرة في هذه الايام
ايضا على ما نذكر فلهذا يلزمه رفضها فان رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها
لما بينا فان مضى عليها اجزاه لان الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا في هذه
الايام باداء بقية اعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما وعليه دم لجمعه بينهما
اما في الاحرام او في اعمال الباقية قالوا وهذا دم كفارة ايضا وقيل اذا حلق للحج ثم
احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل وقيل يرفضها احترازا عن النهي قال الفقيه
ابو جعفر ومشايخنا على هذا فان فاته الحج ثم احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان فائت
الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة على ما يأتيك في باب الفوات
ان شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الافعال فعليه ان يرفضها كما
لو احرم بعمرتين وان احرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه ان يرفضها
كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل

قبل اوانه **باب الاحصار** واذا احصر المحرم بعدو او اصابه
مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل وقال الشافعي رحمه الله لا يكون الاحصار الا
بالعدو لان التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالاحلال ينجو من العدو
لا من المرض ولنا ان اية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم
قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو والتحلل قبل اوانه لدفع الحرج الاتي من قبل امتداد
الاحرام والحرج في الاصطبار عليه مع المرض اعظم واذا جاز له التحلل يقال له ابعث
شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل وانما يبعث
الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان
على ما مر فلا تقع قربة دونه فلا يقع به التحلل واليه الاشارة بقوله تعالى ولا تحلقوا
رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم لما يهدى الى الحرم وقال الشافعي
لا يتوقت به لانه شرع رخصة وتخفيفا والتوقيت يبطل التخفيف قلنا المراعى
اصل التخفيف لا نهايته ويجزيه الشاة لان المنصوص عليه الهدي والشاة ادناه
ويجزيه البدنة والبقرة او سبعهما كما في الضحايا وليس المراد بما ذكر بعث الشاة
بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له ان يبعث بالقيمة حتى تشترى بها الشاة هنالك
وتذبح عنه وقوله ثم تحلل اشارة الى انه ليس عليه الحلق او التقصير وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه لانه عليه السلام
حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وامر اصحابه بذلك ولهما ان الحلق انما عرف
قربة مرتبا على افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي صلى الله عليه وسلم
واصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف قال وان كان قارنا بعث بدمين
لاحتياجه الى التحلل عن احرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام
العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة ولا يجوز ذبح
دم الاحصار الا في الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الذبح
للمحصر بالحج الا في يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء اعتبارا بهدي المتعة والقران

وبما يعتبر به بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابي حنيفة رحمه الله انه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك وبخلاف الحلق لانه في اوانه لان معظم افعال الحج وهو الوقوف ينتهي به قال والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ولان الحجة تجب قضاؤها لصحة الشروع فيه والعمرة لما انه في معنى فائت الحج وعلى المحصر بالعمرة القضاء والاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك لا يتحقق لانها لا تتوقت ولنا ان النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم احصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولان شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج واحديهما فلما بيناه واما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار فان لا يدرك الحج ولا الهدي لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يحل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة له ذلك لانه فائت الحج وان كان يدرك الحج والهدي لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف واذا ادرك هديه صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه وان كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل لعجزه عن الاصل وان كان يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي حنيفة رحمه الله وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم والنحر وجه القياس وهو قول زفر رحمه الله انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدي وجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه لضاع ماله لان المبعوث على يديه الهدي يذبحه فلا يحصل مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس ولو خاف على نفسه لا يلزمه التوجه فكذا اذا خاف على ماله لانه ينبغي له ان يضمن المبعوث على يديه بالذبح لفوات مقصود المحصر ولا وجه الى ايجاب الضمان عليه وله الخيار ان شاء صبر في ذلك المكان او غيره ليذبح عنه فيتحلل وان شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالاحرام وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لوقوع الامن عن الفوات ومن احصر بمكة وهو ممنوع عن الوقوف والطواف فهو محصر لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما اذا احصر في الحل وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل واما على الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه المسألة خلاف بين ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف والصحيح ما اعلمتك

باب الفوات

ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج لما ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد اليه وعليه ان يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي الحج من قابل ولا دم عليه لقوله عليه السلام من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة ليست الا الطواف والسعي ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين كما في الاحرام المبهم وههنا عجز عن الحج فتعين عليه العمرة ولا دم عليه لان التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا في خمسة ايام يكره فعلها فيها وهي يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تكره العمرة في هذه الايام الخمسة ولان هذه ايام الحج فكانت متعينة له وعن ابي يوسف انه لا يكره في يوم عرفة قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من المذهب ما ذكرناه ولكن مع هذا لو اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهة لغيرها وهو تعظيم امر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع والعمرة سنة وقال الشافعي رحمه الله فريضة لقوله عليه السلام العمرة فريضة كفريضة الحج ولنا قوله عليه السلام الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما في فائت الحج

وهذه امارة النفلية وتأويل ما رواه انها مقدرة باعمال كالحج اذ لا تثبت الفريضة
مع التعارض في الآثار قال وهي الطواف والسعي وقد ذكرناه في باب التمتع

باب الحج عن الغير الاصل في هذا الباب ان الانسان له ان يجعل ثواب
عمله لغيره صلاة او صوما او صدقة او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي
عن النبي عليه السلام انه ضحى بكبشين املحين موجوءين احدهما عن نفسه والآخر
عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية احدى الشاتين
لامته والعبادات انواع مالية محضة كالزكاة وبدنية محضة كالصلاة ومركبة
منهما كالحج والنيابة تجري في النوع الاول في حالتي الاختيار والضرورة لحصول المقصود
بفعل النائب ولا تجري في النوع الثاني بحال لان المقصود وهو اتعاب النفس لا
يحصل به وتجري في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهو المشقة بتنقيص المال
ولا تجري عند القدرة لعدم اتعاب النفس والشرط العجز الدائم الى وقت الموت
لان الحج فرض العمر وفي الحج النفل تجوز الانابة حالة القدرة لان باب النفل اوسع ثم
ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث
الخثعمية فانه عليه السلام قال فيه حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد ان الحج يقع عن الحاج
وللآمر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز اقيم الانفاق مقامه كالفدية
في باب الصوم قال ومن امره رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما
فهي عن الحاج ويضمن النفقة لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة
الاسلام وكل واحد منهما امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن
احدهما لعدم الاولوية فيقع عن المأمور ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك
بخلاف ما اذا حج عن ابويه فان له ان يجعله لاحدهما لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما
او لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه وهنا يفعل بحكم الآمر وقد خالف
امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان انفق من مالهما لانه صرف نفقة الآمر الى حج
نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما غير عين فان مضى على ذلك صار مخالفا

مخالفا لعدم الاولوية وان عين احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف
وهو القياس لانه مأمور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما اذا
لم يعين حجة او عمرة حيث كان له ان يعين ما شاء لان الملتزم هناك مجهول
وهنا المجهول من له الحق وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال
لا مقصودا بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفي به شرطا بخلاف
ما اذا ادى الافعال على الابهام لان المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا قال
فان امره غيره بان يقرن عنه فالدم على من احرم لانه وجب شكرا لما وفقه
الله تعالى من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة
الفعل منه وهذه المسألة تشهد بصحة ما رويناه عن محمد ان الحج يقع عن المأمور
وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والآخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم
عليه لما قلنا ودم الاحصار على الآمر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف على الحاج لانه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر
راجع اليه فيكون الدم عليه ولهما ان الآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه
خلاصه فان كان يحج عن ميت فاحصر فالدم في مال الميت عندهما خلافا لابي
يوسف ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكاة وغيرها وقيل هو من جميع
المال لانه وجب حقا للمأمور فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه دم جناية
وهو الجاني عن اختيار ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسدت حجه
لان الصحيح هو المأمور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته
باختياره اما اذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول
مقصود الآمر وعليه الدم في ماله لما بينا وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما
قلنا ومن اوصى بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات او سرقت نفقته
وقد انفق النصف فانه يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يحج عنه من حيث مات الاول فالكلام هنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج

أما الأول فالمذكور قول أبي حنيفة رحمه الله أما عند محمد يحج عنه بما بقي من المال المدفوع
إليه إن بقي شيء وإلا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي إذ تعيين الوصي كتعيينه
وعند أبي يوسف رحمه الله يحج عنه بما بقي من الثلث الأول لأنه هو المحل لنفاذ الوصية
ولأبي حنيفة رحمه الله أن قسمة الوصي وعزله المال لا يصح إلا بالتسليم إلى الوجه الذي
سماه الموصي لأنه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم إلى ذلك الوجه فصار كما إذا هلك
قبل الإفراز والعزل فيحج بثلث ما بقي وأما الثاني فهو قول أبي حنيفة وهو القياس
لأن القدر الموجود من السفر قد بطل في حق أحكام الدنيا قال عليه السلام إذا مات
ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث الحديث وتنفيذ الوصية من أحكام الدنيا فبقيت
الوصية من وطنه كأن لم يوجد الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان أن سفره
لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله الآية وقال عليه السلام
من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة وإذا لم يبطل سفره اعتبرت الوصية
من ذلك المكان وأصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه ويبتنى على ذلك المأمور بالحج
قال ومن أهل بحجة عن أبويه يجزيه أن يجعلها عن أحدهما لأن من حج عن غيره
بغير إذنه فإنما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد أداء الحج فلغت نيته قبل أدائه وصح
جعله ثوابه لأحدهما بعد الأداء بخلاف المأمور على ما قررناه من قبل **باب الهدي**
الهدي أدناه شاة لما روي أنه عليه السلام سئل عن الهدي فقال أدناه شاة
قال وهو من ثلاثة أنواع الإبل والبقر والغنم لأنه عليه السلام لما جعل الشاة أدنى
لا بد أن يكون له أعلى وهو البقر والجزور ولأن الهدي ما يهدى إلى الحرم ليتقرب
به فيه والأصناف الثلاثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا إلا ما جاز في
الضحايا لأنه قربة تعلقت بإراقة الدم كالأضحية فيتخصصان بمحل واحد والشاة
جائزة في كل شيء إلا في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف
فإنه لا يجوز فيهما إلا البدنة وقد بينا المعنى فيما سبق ويجوز الأكل من هدي التطوع
والمتعة والقران لأنه دم نسك فيجوز الأكل منها بمنزلة الأضحية وقد صح أن النبي

النبي عليه السلام أكل من لحم هديه وحسا من المرقة ويستحب له أن يأكل منها
لما روينا وكذا يستحب أن يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا ولا يجوز
الأكل من بقية الهدايا لأنها دماء كفارات وقد صح أن النبي عليه السلام لما أحصر
بالحديبية وبعث الهدايا على يدي ناجية الأسلمي قال له لا تأكل أنت ورفقتك
منها شيئا ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران إلا في يوم النحر قال رحمه الله
في الأصل يجوز ذبح هدي التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر أفضل وهذا
هو الصحيح لأن القربة في التطوعات باعتبار أنها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها
الحرم فإذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر وفي أيام النحر أفضل لأن معنى
القربة في إراقة الدم فيها أظهر أما دم المتعة والقران فلقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا
البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث يختص بيوم النحر ولأنه دم نسك
فيختص بيوم النحر كالأضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في أي وقت شاء وقال الشافعي
لا يجوز إلا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فإن كل واحد منهما دم جبر
عنده ولنا أن هذه دماء الكفارات فلا تختص بيوم النحر لأنها لما وجبت لجبر النقصان
كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به من غير تأخير بخلاف دم المتعة والقران لأنه
دم نسك قال ولا يجوز ذبح الهدايا إلا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا
بالغ الكعبة فصار أصلا في كل دم هو كفارة ولأن الهدي اسم لما يهدى إلى
مكان وكان هو الحرم قال عليه السلام منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ويجوز
أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي رحمه الله لأن الصدقة
قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة قال ولا يجب التعريف بالهدايا لأن الهدي
ينبئ عن النقل إلى مكان ليتقرب بإراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا يجب فإن عرف
بهدي المتعة فحسن لأنه يتوقت بيوم النحر فعسى لا يجد من يمسكه فيحتاج إلى أن
يعرف به ولأنه دم نسك فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لأنه يجوز
ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببها الجناية فيليق بها الستر قال والأفضل في البدن

النحر وفي البقر والغنم الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في تأويله الجزور وقال الله
تعالى ان الله يأمركم ان تذبحوا بقرة وقال الله تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح
ما اعد للذبح وقد صح ان النبي عليه السلام نحر الابل وذبح البقر والغنم ثم ان شاء نحر
الابل في الهدايا قياما او اضجعها واي ذلك فعل فحسن والافضل ان ينحرها
قياما لما روي ان النبي عليه السلام نحر الهدايا قياما واصحابه كانوا ينحرونها قياما
معقولة اليد اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما لان في حالة الاضطجاع المذبح ابين
فيكون الذبح أيسر والذبح هو السنة فيهما والاولى ان يتولى ذبحها بنفسه اذا كان
يحسن ذلك لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر
نيفا وستين بنفسه وولى الباقي عليا رضي الله عنه ولانه قربة والتولي في القربات اولى
لما فيه زيادة الخشوع الا ان الانسان قد لا يهتدي لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته
غيره ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطي اجر الجزار منها ومن ساق بدنة فاضطر
الى ركوبها وان استغنى عن ذلك لم يركبها لانه جعلها خالصة لله تعالى فما ينبغي ان يصرف
شيئا من عينها او منافعها الى نفسه الى ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبها لما
روي عن النبي عليه السلام انه رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتأويله انه
كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك وان
كان لها لبن لم يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه وينضح
ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح
فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها وان صرفه الى
حاجة نفسه تصدق بمثله او بقيمته لانه مضمون عليه ومن ساق هديا فعطب
فان كان تطوعا فليس عليه غيره لان القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات وان كان
عن واجب فعليه ان يقيم غيره مقامه لان الواجب باق في ذمته وان اصابه عيب
كثير يقيم غيره مقامه لان المعيب بمثله لا يتأدى به الواجب فلا بد من غيره وصنع
بالمعيب ما شاء لانه التحق بسائر املاكه واذا عطبت البدنة في الطريق فان كان

كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولم يأكل
هو ولا غيره من الاغنياء بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم ناجية الاسلمي
والمراد بالنعل قلادتها وفائدة ذلك ان يعلم الناس انه هدي فيأكل منه الفقراء
دون الاغنياء وهذا لان الاذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي ان
لا يحل قبل ذلك اصلا الا ان التصدق على الفقراء افضل من ان يتركه جزرا للسباع
وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود فان كانت واجبة اقام غيرها مقامها
وصنع بها ما شاء لانه لم يبق محلا صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر الاملاك
ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك وفي التقليد اظهاره وتشهيره
فيليق به ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات لان سببها الجناية والستر اليق
بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدي ومراده البدنة لانها لا
يقلد الشاة عادة ولا يسن تقليدها عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم
مسائل منثورة اهل عرفة اذا وقفوا في يوم وشهد قوم انهم وقفوا يوم
النحر اجزاهم وهذا استحسان والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية
وهذا لانه عبادة يختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما وجه الاستحسان
ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود منها نفي
حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدارك
غير ممكن وفي الامر بالاعادة حرج بين فوجب ان يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا
وقفوا يوم التروية لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان
جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع هذه الشهادة
ويقول قد تم حج الناس فانصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذا اذا شهدوا عشية
عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس او اكثرهم لا يعمل بتلك
الشهادة قال ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان
رمى الاولى ثم الباقيتين فحسن لانه راعى الترتيب المسنون وان رمى الاولى وحدها

اجزاه لانه تدارك المتروك في وقته وانما ترك الترتيب وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه
ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا نصا كما اذا سعى قبل الطواف او بدأ بالمروة قبل
الصفا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم
البعض على البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه وعرفنا تبعيته
السعي بالنص فلا يتعلق به الا بعده قال ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا فانه لا يركب
حتى يطوف طواف الزيارة وفي الاصل خيره بين المشي والركوب وهذا اشارة الى
الوجوب وهو الاصل لانه التزم القربة بصفة الكمال فيلزمه بتلك الصفة كما اذا التزم بالصوم
متتابعا وافعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي الى ان يطوفه ثم قيل يبتدئ المشي
من حين يحرم وقيل من بيته لان الظاهر انه هو المراد ولو ركب اراق دما لانه ادخل نقصا
فيه قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة وشق عليه المشي واذا قربت والرجل ممن يعتاد
المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري
ان يحللها ويجامعها وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن
من فسخه كما اذا اشترى جارية منكوحة ولنا ان المشتري قام مقام البائع وقد كان للبائع
ان يحللها فكذا للمشتري الا انه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى
لم يوجد في حق المشتري بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع ان يفسخه اذا باشر باذنه
فكذا لا يكون ذلك للمشتري واذا كان له ان يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب
عندنا وعند زفر رحمه الله يتمكن لانه ممنوع من غشيانها وذكر في بعض النسخ او يجامعها
والاول يدل على انه يحللها بغير الجماع بقص شعر او بقلم ظفر ثم يجامع والثاني يدل
على انه يحللها بالمجامعة لانها لا تخلو عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى ان يحللها
بغير المجامعة تعظيما لامر الحج والله اعلم

كتاب النكاح

قال رحمه الله النكاح
ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت
للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين يعبر
باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك

زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه
ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والصدقة والتمليك
وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا
مجازا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك
والمملوكة اصلا ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة
وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح
لوجود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح لانها ليست بسبب لملك
المتعة ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظ الوصية لانها
توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور
شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير
عدول او محدودين في القذف قال رضي الله عنه اعلم ان الشهادة شرط في النكاح
لقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك رحمه الله في اشتراط الاعلان
دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية
ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام
في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة
حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي وسنقرره في الشهادات
ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضور الفاسقين خلافا للشافعي رحمه الله له ان
الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون
من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على
غيره لانه من جنسه ولا يصلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف
من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي
لجريمته ولا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين قال وان تزوج مسلم
ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد وزفر رحمهما الله

لا يجوز لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا
كلام المسلم ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك لوروده
على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر إذ لا شهادة شرطا في لزوم المال وهما
شاهدان عليها بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج لأن العقد ينعقد بكلاميهما
والشهادة شرط على العقد قال ومن أمر رجلا بأن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها
والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لأن الأب يجعل
مباشرا للعقد باتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى الزوج شاهدا وإن
كان الأب غائبا لم يجز لأن المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرا
وعلى هذا إذا زوج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد إن كانت حاضرة
جاز وإن كانت غائبة لا يجوز

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل
أن يتزوج بأمه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم
وبناتكم والجدات أمهات إذ الأم هي الأصل لغة أو ثبتت حرمتهن بالإجماع
قال ولا ببنته لما تلونا ولا ببنت ولده وإن سفلت للإجماع ولا بأخته ولا
ببنات أخته ولا ببنات أخيه ولا بعمته ولا بخالته لأن حرمتهن منصوص عليها
في هذه الآية ويدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الإخوة المتفرقين
لأن جهة الاسم عامة قال ولا بأم امرأته التي دخل بابنتها أو لم يدخل لقوله تعالى وأمهات
نسائكم من غير قيد الدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص
سواء كانت في حجره أو في غير حجره لأن ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا
اكتفي في موضع الإحلال بنفي الدخول قال ولا بامرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا
ما نكح آباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني أولاده لقوله تعالى وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم
وذكر الأصلاب لإسقاط اعتبار التبني لا لإحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بأمه من
ولا بأخته من الرضاعة صح
الرضاعة لقوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين أختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا

وطئا لقوله تعالى وأن تجمعوا بين الأختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله
واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها
صح النكاح لصدوره من أهله مضافا إلى محله فإذا جاز لا يطأ الأمة وإن كان
لم يطأ المنكوحة لأن المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع إلا إذا حرم الموطوءة
على نفسه بسبب من الأسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع ويطأ المنكوحة إن لم يكن
وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا إذ المرقوقة ليست بموطوءة حكما فإن تزوج أختين
في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى فرق بينه وبينهما لأن نكاح أحدهما باطل بيقين
ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية ولا إلى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة
أو للضرر فتعين التفريق ولهما نصف المهر لأنه وجب للأولى وانعدمت الأولوية
للجهل بالأولية فيصرف إليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما أو الاصطلاح
لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها
لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها وهذا مشهور
يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلا لم يجز له أن
يتزوج بالأخرى لأن الجمع بينهما يفضي إلى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة
للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل ولا بأس بأن
يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبل لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال
زفر رحمه الله لا يجوز لأن ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له أن يتزوج بامرأة أبيه قلنا
امرأة الأب لو صورتها ذكرا جاز له أن يتزوج بهذه والشرط أن يصور ذلك من كل جانب
ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وابنتها وقال الشافعي رحمه الله الزنا لا يوجب حرمة
المصاهرة لأنها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد
حتى يضاف إلى كل واحد منهما كملا فيصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه وكذلك
على العكس والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطء محرم
من حيث إنه سبب الولد لا من حيث إنه زنا ومن مس امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها

وقال الشافعي رحمه الله لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة ونظره الى فرجها ونظرها
الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد
الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داع
الى الوطي فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا
هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل
فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطي
وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر واذا طلق الرجل امرأته طلاقا باينا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج
باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق باين
او ثلث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة
يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع
تاخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب
الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا
فيصير جامعا ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها لان النكاح ما شرع الا مثمرا
ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة ويجوز
تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفايف ولا فرق
بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى ولا يجوز تزوج
المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي
ذبائحهم قال ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز
تزويج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب
لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم يجز
مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم
فكل اجاب على ما وقع عنده ثم على هذا حال ذبيحتهم قال ويجوز للمحرم والمحرمة
ان يتزوجا في حال الاحرام وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليه

وليته على هذا الخلاف له قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عليه السلام
تزوج بميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطي ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت
او كتابية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز
نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة
بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي
وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له
ان لا يحصل الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة
وهو باطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في
تجويزه برضا الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله
تعالى فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزويج
الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات
اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق باين لم يجز عند ابي
حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف
لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا ولابي حنيفة رحمه الله ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء
بعض الاحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها
في قسمها وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله
تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على العدد يمنع
الزيادة عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده والحجة
عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد ان يتزوج
اكثر من اثنتين وقال مالك رحمه الله يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن
المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية
فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا باينا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها
وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت قال فان تزوج

حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال أبو يوسف رحمه الله النكاح فاسد فإن كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل
بالإجماع لأبي يوسف أن الامتناع في الأصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لأنه لا
جناية منه ولهذا لم يجز إسقاطه ولهما أنها من المحللات بالنص وحرمة الوطء كيلا يسقي
ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني قال وإن
تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لأنه ثابت النسب وإن زوج أم ولده وهي
حامل منه فالنكاح باطل لأنها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير
دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين إلا أنه غير متأكد حتى ينتفي
الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل قال ومن وطئ جاريته
ثم زوجها جاز النكاح لأنها ليست بفراش لمولاها فإنها لو جاءت بولد لا
يثبت نسبه من غير دعوة إلا أن عليه أن يستبرئها صيانة لمائه وإذا جاز النكاح
فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد
لا أحب له أن يطأها قبل أن يستبرئها لأنه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه
ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا
بخلاف الشراء لأنه يجوز مع الشغل وكذا إذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له أن يطأها
قبل أن يستبرئها عندهما وقال محمد رحمه الله لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها والمعنى
ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو أن يقول لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من مال
وقال مالك رحمه الله هو جائز لأنه كان مباحا فيبقى إلى أن يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ
بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين وابن عباس رضي الله عنه صح رجوعه إلى قولهم
فتقرر الإجماع والنكاح المؤقت باطل مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة
أيام وقال زفر رحمه الله هو صحيح لازم لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا أنه أتى
بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بينهما إذا طالت مدة التأقيت أو قصرت
لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد ومن تزوج امرأتين في عقدة واحداهما

إحداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الأخرى لأن المبطل
في إحداهما بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة
وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي تحل له عند أبي حنيفة رحمه الله
وعندهما يقسم على مهر مثلهما وهي مسألة الأصل ومن ادعت عليه امرأة أنه
تزوجها وأقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه
وأن تدعه يجامعها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله
أولا وفي قوله الآخر وهو قول محمد رحمه الله لا يسعه أن يطأها وهو قول الشافعي رحمه الله
لأن القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة فصار كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار ولأبي
حنيفة رحمه الله أن الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على الصدق بخلاف
الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر وإذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه
باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الأملاك المرسلة لأن في الأسباب
تزاحما فلا إمكان والله أعلم **باب الأولياء والأكفاء** وينعقد
نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي بكرا كانت أو ثيبا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه لا ينعقد إلا
بولي وعند محمد رحمه الله ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح
بعبارة النساء أصلا لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن مخل بها إلا أن
محمدا يقول يرتفع الخلل بإجازة الولي ووجه الجواز أنها تصرفت في خالص حقها
وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار
الأزواج وإنما يطالب الولي بالتزويج كيلا ينسب إلى الوقاحة ثم في ظاهر
الرواية لا فرق بين الكفء وغير الكفء ولكن للولي الاعتراض في غير الكفء وعن أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله أنه لا يجوز في غير الكفء لأن كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد
إلى قولهما ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي رحمه الله
وهو يعتبره بالصغيرة وهذا لأنها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض

الأب صداقها بغير أمرها ولنا أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ فصار كالغلام بدليل توجه الخطاب والتصرف في المال وإنما يملك الأب قبض صداقها برضاها دلالة ولهذا لا يملك نهيها قال وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت فهو إذن وإن أبت لم يزوجها لقوله عليه السلام البكر تستأمر في نفسها فإن سكتت فقد رضيت ولأن جنبة الرضا فيه راجحة لأنها تستحيي عن إظهار الرغبة لا عن الرد والضحك أدل على الرضا من السكوت بخلاف ما إذا بكت لأنه دليل السخط والكراهة وقيل إذا ضحكت كالمستهزئة لما سمعت لا يكون رضا وإذا بكت بلا صوت لم يكن ردا قال فإن فعل هذا غير الولي يعني إذا استأمر أو ولي غيره أولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في غير الأولياء بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولي لأنه قائم مقامه ويعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه يقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لأن النكاح صحيح بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر إن كان فضوليا يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط إجماعا وله نظائر ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولأن النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها وإذا زالت بكارتها بوثبة أو جراحة أو تعنيس أو حيضة فهي في حكم الأبكار لأنها بكر حقيقة لأن مصيبها أول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولأنها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لأنها ثيب حقيقة لأن مصيبها عائد إليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولأبي حنيفة رحمه الله أن الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع

فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا يتعطل عليها مصالحها بخلاف ما إذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاما أما الزنا فقد ندب إلى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها وإذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت بل رددت فالقول قولها وقال زفر رحمه الله القول قوله لأن السكوت أصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول إنه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع إذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسألة الخيار لأن اللزوم قد ظهر بمضي المدة وإن أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لأنه نور دعواه بالحجة وإن لم يكن له بينة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة وسيأتيك في الدعوى إن شاء الله تعالى ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة أو ثيبا والولي هو العصبة ومالك رحمه الله يخالفنا في غير الأب والشافعي في غير الأب والجد وفي الثيب الصغيرة أيضا وجه قول مالك أن الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة إلا أن ولاية الأب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لأن النكاح يتضمن المصالح ولا يتوفر إلا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان فأثبتنا الولاية في حالة الصغر إحرازا للكفء وجه قول الشافعي رحمه الله أن النظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد لقصور الشفقة وبعد القرابة ولهذا لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة فلأن لا يملك التصرف في النفس وأنه أعلى أولى ولنا أن القرابة داعية إلى النظر كما في الأب والجد وما فيه من القصور أظهرناه في سلب ولاية الإلزام بخلاف التصرف في المال لأنه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا يفيد الولاية إلا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الإلزام وجه قوله في المسألة الثانية أن الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فأدرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأي بدون الشهوة

فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤكد كلامنا فيما تقدم قوله عليه السلام الانكاح
الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث
والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما الاب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار
لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الراي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما
اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما
الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة
الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن
بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح
من الرواية لقصور الراي في احدهما ونقصان الشفقة في الاخر فيتخير ثم يشترط فيه القضاء
بخلاف خيار العتق لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل
الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الاخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر
جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى
القضاء ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو
رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم وتسكت شرط العلم باصل
النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به فعذرت ولم يشترط العلم
بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف
المعتقة لان المعتقة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر
يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا
وكذلك الجارية اذا دخل بها زوجها قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة الابتداء
النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى اخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق
الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فانما يبطل بالرضا غير
ان سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر

فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانه ليس
من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج
هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق وان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الاخر وكذا
اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك الثابت به قد
انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح
ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا
مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه
ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية للكافر على مسلم لقوله تعالى
ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادة الكافر
عليه ولا يتوارثان اما الكافر فتثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله
تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما
التوارث ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رحمه الله معناه
عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله لا تثبت وهو القياس وهو
رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقول ابي يوسف في ذلك مضطرب والاشهر انه مع
محمد لهما ما روينا ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها
والى العصبات الصيانة ولابي حنيفة رحمه الله ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض
الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة
القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه اخر العصبات واذا عدم الاولياء
فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له واذا غاب
الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج وقال زفر رحمه الله لا يجوز
لان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا
لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية
وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برايه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على

السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول
للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين
فايهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا يصل اليه القوافل في
السنة الا مرة وهو اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية
لاقصاه وهو اختيار بعض المتاخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو الخاطب
باستطلاع رأيه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا
اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن
هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب
الام مع بعض العصبات **فصل في الكفاءة** الكفاءة في النكاح معتبرة قال
عليه السلام الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام
المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تأبى ان تكون مستفرشة للخسيس
فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش
واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار
عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر فقريش بعضهم اكفاء
لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء
لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء
لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رحمه الله الا
ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا
للفتنة وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما
الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له آباء في
الاسلام ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في
الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف رحمه الله الحق الواحد بالمثنى

بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب
واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية
نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر
في حكم الكفاءة قال وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج
فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رحمه الله لا تعتبر لانه من امور الآخرة فلا تبتنى
احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران
ويلعب به الصبيان لانه مستخف به وتعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر
والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما
لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج
ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف
رحمه الله انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهور ويعد
المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغناء فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس
يتفاخرون بالغناء ويتعايرون بالفقر وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعتبر لانه لا ثبات
له اذ المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
وعن ابي حنيفة رحمه الله في ذلك روايتان وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعتبر الا ان تفحش
كالحجام والحائك والدباغ ووجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف
ويتعيرون بدناءتها وجه قوله الآخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن
الخسيسة الى النفيسة منها واذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء
الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس
لهم ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع اليه
في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد

على العشرة فمهرها او من اسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولابي حنيفة رحمه الله
ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فاشبه الكفاءة بخلاف
الابراء بعد التسمية لانه لا يعيرون به واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ونقص من
مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب
والجد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس
فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند
فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا
لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة رحمه الله ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب
القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر اما المالية فهي المقصودة في التصرف المالي
والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج
ابنه وهو صغير امة فهو جائز قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ايضا
لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا
يجوز **فصل** في الوكالة في النكاح وغيرها ويجوز لابن العم ان يزوج بنت
عمه من نفسه وقال زفر رحمه الله لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها
من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لهما
ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي رحمه الله
يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في الوكيل ولنا ان الوكيل
في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه
بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت
يتضمن الشطرين ولا يحتاج الى القبول قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما
موقوف فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير
رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي وله
مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي رحمه الله تصرفات الفضولي كلها باطلة

باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان
ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى
اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا اني قد
تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا اني قد
زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت المرأة هي التي قالت جميع
ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا زوجت نفسها
غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين
او فضوليا من جانب اصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين
او بين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فاذا
كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود
شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما
وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما
جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واخواته لانه تصرف يمين من جانبه
حتى يلزم فيتم به ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه
واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احديهما غير عين
للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق ومن امره امير بان يزوجه
امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم
التهمة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف
الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح
مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد
لا يعجز عن التزوج بمطلق وكانت الاستعانة بالتزوج في الكفو **باب المهر**
قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج
لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة

النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رحمه الله واقل
المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رحمه الله ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها
فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام ولا مهر اقل من عشرة دراهم ولانه حق
الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة
ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله مهر المثل لان تسمية ما لا
يصلح مهرا كانعدامه ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار
مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها
ولا معتبر بانعدام التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه
بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله
وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى
ان دخل بها او مات عنها لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتاكد البدل
وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتاكد فيتقرر بجميع مواجبه
وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من
قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الاية والاقيسة متعارضة
ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما
فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه
ان شاء الله تعالى قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها
مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وقال الشافعي رحمه الله لا يجب شيء في الموت واكثرهم
على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من
اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة البقاء
فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن
على الموسع قدره الاية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك رحمه الله
والمتعة ثلاثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي

مروية عن عائشة رضي الله عنها وابن عباس رضي الله عنهما وقوله من كسوة مثلها
اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي رحمه الله في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر
المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى وعلى الموسع قدره وعلى المقتر
قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك
في الاصل وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها
او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف رحمه الله
الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رحمه الله لانه مفروض فيتنصف
بالنص ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا
يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف
قال وان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر رحمه الله وسنذكره في
الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى
قول ابي يوسف اولا يتنصف مع الاصل لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض
في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حطت عنه من مهرها صح
الحط لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته وليس
هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال مهرها وقال الشافعي رحمه الله لها نصف
المهر لان المعقود عليه انما يصير مستوفيا بالوطء فلا يتاكد المهر دونه ولنا انها
سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتاكد حقها في البدل
اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج
فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها
فلها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع
او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور وهذا التفصيل في مرضها
وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك
والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا وان كان احدهما صائما تطوعا فلها

كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح
وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم
فرضها كفرضه ونفلها كنفله واذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم ادير على
سلامة الآلة ولابي حنيفة رحمه الله ان المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد اتت
به قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة
حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه
وذكر القدوري رحمه الله في شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن
حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة قال
وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول
بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي رحمه الله تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت
صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه نصف المهر طريقة المتعة لان الطلاق
فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة
لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع
الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاش فلا تلحقه
الغرامة فكان من باب الفضل واذا زوج بنته على ان يزوجه الآخر بنته او اخته ليكون
احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان وقال الشافعي رحمه الله بطل
العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا
الباب فيبطل الايجاب ولنا انه سمى ما يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل
كما اذا سمى الخمر او الخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق وان تزوج حر امرأة على خدمته
سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد رحمه الله لها قيمة خدمته سنة وان تزوج
عبد باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي لها تعليم القرآن
والخدمة في الوجهين لان ما يصح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لان بذلك

بذلك تتحقق المعاوضة فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي
غنمها ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع
على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان
خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف
خدمة حر آخر برضاه لانه لا مناقضة له وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى
حيث يخدمها باذنه وامره وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور الزوجية
فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد رحمه الله تجب قيمة الخدمة لان
المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى
قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذ لا تستحق
فيها بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد لضرورة التسليم
فاذا لم يجب تسليمه في العقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم على الاصل وهو مهر المثل
قال فان تزوجها على الف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع
عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم والدنانير
لا تتعينان في العقود والفسوخ وكذا ان كان المهر مكيلا او موزونا او شيئا آخر
في الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول
بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق
وهو قول زفر رحمه الله لانه سلم المهر له بالابراء فلا يبرأ عما يستحقه بالطلاق وجه الاستحسان
انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف
المهر ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت
الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد
منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع بنصف ما قبضت اعتبارا
للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة رحمه الله
ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا

يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا ترى ان الزيادة
فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي فعنده
يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض
فقبضته او لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي
القياس وهو قول زفر رحمه الله يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر
على ما مر تقريره وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها
وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف
ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل ولو تزوجها على حيوان او عروض في
الذمة وكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح
فاذا عين يصير كان التسمية وقعت عليه واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها
من البلدة او على ان لا يتزوج عليها اخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح مهرا
وقد تم رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى ما لها فيه
نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة
والهدية مع الالف ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان
اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الالفين ولا ينقص عن الالف
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف
ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها
مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا يزاد على الالفين واصل المسئلة في الاجارات في
قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيه
ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فاذا احدهما اوكس
والآخر ارفع فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس وان كان اكثر من
ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في

في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن
ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن فصار كالخلع والاعتاق على مال
ولابي حنيفة رحمه الله ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول عنه
عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق على مال
لانه لا موجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمراة رضيت
بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة والواجب في الطلاق
قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب
لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية
ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاها قيمته قال العبد الضعيف رحمه الله
معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان تزوجها على فرس
او حمار اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل
وقال الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا
في البيع لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما عقد معاوضة ولنا
انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام مال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة
كالدية والاقرارات وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين
وذلك عند اعلام الجنس لانه ذو واسطة لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع
لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير
لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعبد اصل
تسمية فيتخير بينهما وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر
الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس اذ الثياب اجناس مختلفة
ولو سمى جنسا بان قال هروي يصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا
بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا
اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته وان سمى جنسه وصفته لا

بخمر لان الموصوف منها يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا فان تزوج مسلم على خمر او
خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح
ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية
لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امرأة على هذا الدن
من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها مثل وزنه
خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجب القيمة لابي يوسف رحمه الله انه اطمعها مالا
وعجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك
العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة رحمه الله يقول اجتمعت الاشارة والتسمية
فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوج على خمر او حر
ومحمد رحمه الله يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه تعلق العقد
بالمشار اليه لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من
خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل المشار اليه وليس بتابع له والتسمية
ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى ان
من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس
ولو اشترى فصا على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد البيع لاتحاد الجنس
وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والخمر مع الخل
جنسان لفحش التفاوت فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر
فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مسمى
ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف رحمه الله لها العبد
وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطمعها في سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما
فتجب قيمته وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لها العبد الباقي
وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لو كانا حرين يجب

يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل
واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها
لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع
وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت لها التمكن فلا تقام مقام الوطي فان
دخل بها فلها مهر المثل لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالبيع
الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فاذا زادت
على مهر المثل لم يجب الزيادة لعدم صحة التسمية فان نقصت لم تجب الزيادة
على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله
بقيمته وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن
اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطيات هو الصحيح
لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها
لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه وتعتبر
مدة النسب من وقت الدخول عند م وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس
بداعي اليه والاقامة باعتباره قال ومهر المثل يعتبر باخواتها وعماتها وبنات
عمها لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب
ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه
ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فان كانت الام من
قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر
في مهر المثل ان تساوى المرأتان في السن والجمال والعقل والمال والدين والبلد
والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف
الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه يختلف بالبكارة
والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى
ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها اعتبارا

بسائر الكفالات ثم يرجع الولي اذا ادى على الزوجة ان كان بامره كما هو الرسم في
الكفالة ولهذا يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب
مال الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر
حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراءه عند ح ومحمد ويملك قبضه
بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة
لا باعتبار انه عاقد الا ترى انه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه
قال وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين
حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل فصار كالبيع وليس للزوج ان
يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله اي المعجل
لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء ولو كان
المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتاجيل كما في البيع
وفيه خلاف ابي يوسف وان دخل بها فكذلك الجواب عند ح وقالا ليس لها ان
تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة او كانت
صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها
برضاها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار
مسلما اليه بالوطئة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها
حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل
وطئة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لخطره والتأكد بالواحدة
لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت
المزاحمة فصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى
اخرى واخرى يدفع بجميعها وكذا اذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى
اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى
وفي قرى المصر القريبة لا يتحقق الغربة ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول

فالقول قولها الى مهر مثلها والقول قوله فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل
الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ح وم وقال ابو يوسف القول
قوله قبل الطلاق وبعده الا ان يأتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها
هو الصحيح لابي يوسف ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكرها والقول قول المنكر
مع يمينه الا ان يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع
ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوي
قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي
في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم
قيمة الصبغ ثم ذكر ههنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر
وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها
وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فيحكم كهو ووجه
التوفيق انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا
المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة
ومتعة مثلها عشرون فيفيد التحكيم والمذكور في الجامع الصغير ساكت
عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا
في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان
مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما
اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها
تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا
وخمسمائة تحالفا واذا حلفا يجب الف وخمسمائة وهذا تخريج الرازي وقال
الكرخي تحالفا في الفصول الثلثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في
اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضاء
بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في

حال حياتهما لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما ولو كان الاختلاف بعد موتهما في القدر فالقول قول ورثة الزوج عند ح ولا يستثنى القليل وعندهما الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة وإن كان في أصل المسمى فعنده القول قول من أنكره فالحاصل أنه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد إن شاء الله تعالى

قال وإذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج وإن لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ح وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الأول ومهر المثل في الثاني أما الأول فلأن المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته إلا إذا علم أنها ماتت أولا فيسقط نصيبه من ذلك وأما الثاني فوجه قولهما أن مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما إذا مات أحدهما ولأبي ح أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث إلى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لأنه هو المملك فكان أعرف بجهة التمليك كيف وأن الظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب قال إلا في الطعام الذي يؤكل فإن القول قولها والمراد منه ما يكون مهيئا للأكل لأنه يتعارف هدية فأما الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له أن يحتسبه من المهر لأن الظاهر يكذبه

فصل وإذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة أو غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها أو طلقها قبل الدخول بها أو مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند ح وهو قولهما في الحربيين وأما في الذمية فلها مهر مثلها إن دخل بها أو مات عنها والمتعة إن طلقها قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين أيضا لأن الشرع ما شرع ابتغاء النكاح إلا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الإسلام وولاية الإلزام منقطعة لتباين الدار بخلاف أهل الذمة لأنهم التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالزنا والربا وولاية الإلزام متحققة لاتحاد الدار ولأبي ح أن

أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الإلزام بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فإنا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب بخلاف الزنا لأنه حرام في الأديان كلها والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب أو على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والأصح أن الكل على الخلاف فإن تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه إذا كانا بأعيانهما والإسلام قبل القبض وإن كانا بغير أعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ح وقال أبو يوسف لها مهر المثل في الوجهين وقال م لها القيمة في الوجهين وجه قولهما أن القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الإسلام كالعقد وصار كما إذا كانا بغير أعيانهما وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فأبو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذلك هنا ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم إلا أنه امتنع التسليم للإسلام فيجب القيمة كما إذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولأبي ح أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها وذلك لا يمتنع بالإسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالإسلام بخلاف المشتري لأن ملك التصرف فيه إنما يستفاد بالقبض وإذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لأنه من ذوات القيم فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه ولا كذلك الخمر لأنه من ذوات الأمثال ألا ترى أنه لو جاء بالقيمة قبل الإسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن أوجب مهر المثل أوجب المتعة ومن أوجب القيمة أوجب نصفها

باب نكاح الرقيق لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما

وقال مالك يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما
عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح
عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت
فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حاله ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده
ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذلك المكاتبة لا تملك تزويج نفسها
بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بيّنا وكذلك المدبر وام الولد لان الملك
فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا
دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن
من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة
والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى
ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من انفسهما واذا تزوج العبد
بغير اذن مولاه فقال المولى طلّقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد
لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد
او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة
لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة ومن قال لعبده تزوج
هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ح وقالا يؤخذ
منه اذا عتق واصله ان الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا
المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المولى
فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف و
التحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع
لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرف وله ان اللفظ مطلق فيجري
على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب
ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطي ومسئلة اليمين ممنوعة على هذا

هذا الطريق ومن زوّج عبدا مأذونا له امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها
ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما
نذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح
وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا
تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت
الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى
في الاستخدام باق والتبوئة ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة
والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان
يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط
بالنكاح قال العبد الضعيف ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا
ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي لا اجبار في العبد وهو رواية عن ح
لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال
فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح
اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك او النقصان فيملكه اعتبارا
بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما
ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ح وقالا عليه المهر
لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما
اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا
ارتدت الحرة والقتل في حق احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية
هذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر
خلافا لزفر هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية
المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف
قتل المولى امته لانه معتبر في حق احكام الدنيا حتى يجب الكفارة عليه واذا تزوج امة

فالاذن في العزل الى المولى عند ح وعندهما ان الاذن اليها لان الوطي حقها
حتى يثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة
بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان العزل
يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارقنا الحرة وان تزوجت
امة باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عليه السلام
لبريرة حين عتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر
مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو
محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات
فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن
مولاها ثم اعتقت وقال زفر لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان
المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة
ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لان عدتها قرءان وطلاقها ثنتان
وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة
وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا
تتحقق زيادة الملك كما اذا تزوجت نفسها بعد العتق وان كانت تزوجت
بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى
لانه استوفى منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه
استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد
بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا
لم يجب مهر آخر بالوطي في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ
فلا يوجب الا مهرا واحدا ومن وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولده وعليه
قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب ووجهه ان له تملك مال
ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة

ان الحاجة الى بقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة
والطعام بغير قيمة ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح
حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا
بد من تقديمه فتبين ان الوطي يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي يجب
لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه
والمسئلة معروفة ولو كان الابن زوجها اياه فولدت لم تصر ام ولده ولا
قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي لخلوها عن
ملك الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من
وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل على انتفاء ملكه
الا انه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت
ملك اليمين فلا تصير ام ولده ولا قيمة فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه
المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه فيعتق عليه اذا كانت حرة
تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر لا
يفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى
به الكفارة يخرج عن العهدة وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور
عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع
العتق عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك
شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق
عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر
فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قالت اعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد
النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ح وم وقال ابو يوسف هو والاول سواء
لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا للتصرف ويسقط اعتبار القبض كما اذا
كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه عن ظهاره ولهما ان الهبة من شرطها

القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف
البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر في القبض اما ههنا
فلا يقع في يده شيء لينوب عنه **باب نكاح اهل الشرك** واذا تزوج
الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه
وهذا عند ح وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم
قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقالا في الوجه الاول كما قال ابو ح وفي الوجه
الثاني كما قال زفر له ان الخطاب عام على ما مر من قبل فيلزمهم وانما لا يتعرض
لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق
ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح
بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولابي ح ان
الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب
العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده
واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست
شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فان تزوج المجوسي
امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما
كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح
الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام
احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان
استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر
لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع
لان مرافعتهما كتحكيمهما ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه
مستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه
وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج

يشغلها عنه ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه
واذا كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذا اذا اسلم احدهما وله
ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان
احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي حتى يحل للمسلم مناكحته ويحل
ذبيحته لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر والشافعي يخالفنا فيه للتعارض
ونحن بينا الترجيح واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض عليه الاسلام فان
اسلم فهي امرأته وان ابى فرق القاضي بينهما وكان ذلك طلاقا عند ح و م
وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته
وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا وقال س لا تكون الفرقة طلاقا في
الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال ش لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد
ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد
فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد فيتأجل الى انقضاء ثلاث حيض كما في
الطلاق ولنا ان المقاصد وهو الملك والازدواج وقضاء الشهوة ونحوها قد
فاتت فلا بد من سبب تبتني عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سببا فيعرض
الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام او يثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف ان
الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما
ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب
القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما المرأة فليست باهل للطلاق فلا
ينوب القاضي منابها عند ابائها ثم اذا فرق بينهما بابائها فلها المهر ان كان
دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها
والمهر لم يتأكد فاشبه الردة والمطاوعة واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها
كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض
ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر

لقصور الولاية ولابد من حكم قوته دفعاً للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام
السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي
يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها
وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ح خلافاً لهما وسياتيك ان شاء الله تعالى
واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان
يبقى اولى واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلماً وقعت البينونة بينهما
وقال ش لا تقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة بينهما وان سبيا معاً لم تقع
وقال ش تقع فالحاصل ان السبب هو التباين عندنا دون السبي وهو يعكسه
له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستامن والمسلم
المستامن اما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط
الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكماً لا ينتظم المصالح فشابه
المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء وصار كالشراء
ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستامن لم يتباين
الدار حكماً لقصده الرجوع واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز ان تتزوج ولا
عدة عليها عند ح وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار
الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي ح انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهاراً لخطره
ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية وان كانت حاملاً لم تتزوج حتى
تضع حملها وعن ابي ح انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى
من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش يظهر في حق المنع من النكاح
احتياطاً واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند ح
وس وقال م ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء والجامع
ما بيناه وابو يوسف مر على اصله في الاباء وابو ح فرق ووجه الفرق ان الردة
منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان يجعل طلاقاً بخلاف



الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر
ولهذا يتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا يتوقف بالردة ثم ان كان الزوج
هو المرتد فلها كمال المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي
المرتدة فلها كمال المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان
الفرقة جاءت من قبلها واذا ارتدا معاً واسلما معاً فهما على نكاحهما استحساناً
وقال زفر يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي
ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يامرهم الصحابة رضي الله عنهم بتجديد الانكحة
والارتداد منهم واقع معاً لجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد
النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة لانه مناف كابتدائها

باب القسم

واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا
او ثيبين او كانت احديهما بكراً والاخرى ثيباً لقوله عليه السلام من كان له امرأتان
ومال الى احديهما في القسم جاء يوم القيمة وشقه مائل وعن عائشة ان النبي
عليه السلام كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما
املك فلا تواخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا والجديدة
والقديمة سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت
بينهن في ذلك والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون
طريقه والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط
وان كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث
بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان
في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم قال
ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع
بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي القرعة مستحقة لما روي ان
النبي عليه السلام كان اذا اراد سفراً اقرع بين نسائه الا انا نقول القرعة لتطييب

قلوبهن فكانت من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج
الا يرى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن
ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها
جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها
وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب
بعد فلا يسقط **كتاب الرضاع** قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة
الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه السلام
لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي
ارضعنكم الاية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل
ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم
لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ
به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما بينا ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا
عند ح وقالا سنتان وهو قول الشافعي وقال زفر ثلثة احوال لان الحول حسن
للتحول من حال الى حال ولا بد من زيادة على الحولين لما نبين فتقدر به ولهما
قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي
للفصال حولان وقال عليه السلام لا رضاع بعد الحولين وله هذه الاية ووجهه
ان الله تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل
المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي الثاني على ظاهره ولانه
لا بد من تغيير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي
فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء
الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل
النص المقيد بحولين في الكتاب واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع
تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشوء وذلك

وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ح
اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشوء بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع
بعد المدة وقد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الادمي قال ويحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا ام اخته من الرضاع
فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه
او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز ان يتزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز
ذلك من النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع
وامرأة ابيه وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب
لما روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بينا ولبن الفحل
يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى
ابائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي
الشافعي لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه
ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عليه السلام
لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن
منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج باخت اخيه من الرضاع
لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من
امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحدة لم يجز
لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت
ولا يتزوج المرضعة احد من ولد التي ارضعت لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد
اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاع واذا اختلط
اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم
خلافا للشافعي هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود
حكما حتى لا يظهر بمقابلة الغالب كما في اليمين واذا اختلط بالطعام لم يتعلق

به التحريم وان كان اللبن غالبا عندهما وقالا اذا كان اللبن غالبا تعلق به التحريم
قال العبد الضعيف قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لم يتعلق به التحريم في قولهم
جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي ح
ان الطعام اصل واللبن تابع في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر
اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل وان خلط
بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء
لتقويته على الوصول وان اختلط اللبن بلبن شاة وهو الغالب تعلق به
التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء
واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف لان الكل صار
شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد يتعلق
التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه
لاتحاد المقصود وعن ح في هذا روايتان واصل المسألة في الايمان واذا نزل
للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشوء فتثبت
به شبهة البعضية واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر به الصبي تعلق به التحريم
خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها
وبالموت لم يبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب
هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه
الحرمة تظهر في الميتة دفنا وتيمما اما الحرمة في الوطء لكونه ملاقيا للمحل الحرث وقد
بالموت فافترقا واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد انه
يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم
اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء اما المحرم في الرضاع فمعنى النشوء ولا
يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل لبن
فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به

به النشوء والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة واذا
شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم
والحرمة باعتبارها واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة
حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع
بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل
الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع
وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها
ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها
وان علمت ان الصغيرة امرأته وعن محمد انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية
لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى
الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب
لسقوطه او لان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح
واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا علمت
بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح
ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية
لانها مامورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية
ايضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا تقبل في الرضاع
شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال
مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة من
حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبر واحد انه ذبيحة المجوسي
ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال
الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن
زوال الملك فاعتبر امرا دينيا

كتاب الطلاق

الطلاق على ثلاثة اوجه

حسن وأحسن وبدعي فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في
طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون
أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة فإن هذا أفضل عندهم من
أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة ولأنه أبعد من الندامة وأقل ضررا
بالمرأة ولا خلاف لأحد في الكراهة والحسن هو طلاق السنة وهو أن يطلق المدخول
بها ثلاثا في ثلاثة أطهار وقال مالك إنه بدعة ولا يباح إلا واحدة لأن الأصل في
الطلاق هو الحظر والإباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه السلام
في حديث ابن عمر رضي الله عنه إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل
قرء تطليقة ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد
الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع فالحاجة كالمتكررة نظرا إلى دليلها ثم قيل الأولى أن يؤخر الإيقاع
إلى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والأظهر أن يطلقها كما طهرت لأنه لو أخر ربما
يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة
أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا في طهر واحد فإذا فعل ذلك وقع الطلاق
وكان عاصيا وقال الشافعي كل طلاق مباح لأنه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم
والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لأن المحرم تطويل العدة عليها
لا الطلاق ولنا أن الأصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت
به المصالح الدينية والدنياوية والإباحة للحاجة إلى الخلاص ولا حاجة إلى الجمع بين
الثلاث وهي في المفرق على الأطهار ثابتة نظرا إلى دليلها والحاجة في نفسها
باقية فأمكن تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث إنه إزالة الرق لا ينافي
الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا
واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الأصل إنه أخطأ السنة لأنه لا حاجة إلى
إثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات أنه لا يكره للحاجة إلى الخلاص
ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد

العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت
تثبت في حق المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لأن المراعى
دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع
أما زمان الحيض زمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها
يطلقها في حالة الحيض والطهر خلافا لزفر هو يقيسها على المدخول بها ولنا أن الرغبة
في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول
بها تتجدد بالطهر وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها
للسنة ثلاثا طلقها واحدة فإذا مضى شهر طلقها أخرى فإذا مضى شهر طلقها أخرى
لأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من
نسائكم إلى أن قال واللائي لم يحضن والإقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر
الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم إن كان الطلاق في أول الشهر
تعتبر الشهور بالأهلة وإن كان في وسطه فبالأيام في حق التفريق وفي حق
العدة كذلك عنده وعندهما يكمل الأول بالآخر والمتوسطان بالأهلة وهي
مسألة الإجارات قال ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وبين طلاقها
بزمان وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولأن بالجماع تفتر الرغبة
وإنما تتجدد بزمان ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتبار
أن عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه الذي ذكر تكثر
من وجه آخر لأنه يرغب في وطء غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة
وصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لأنه لا يؤدي إلى اشتباه
وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق أو يرغب فيها
لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين
كل تطليقتين بشهر عندهما وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة إلا واحدة
لأن الأصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر

في حق الحامل اليسر فصل لها فصار كالممتد طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة
والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما
عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها هو الطهر
وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحمل واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض
وقع الطلاق لان النهي عليه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا فلا تنعدم مشروعيته ويستحب
له ان يراجعها لقوله عليه السلام لعمر رض مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض
وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والاصح انه
واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بقدر الامكان برفع اثره وهو العدة ودفعا
لضرر تطويل العدة واذا طهرت وحاضت فان شاء طلقها وان شاء امسكها
قال رض وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة
وقال ابو الحسن الكرخي ما ذكر الطحاوي قول ابي ح وما ذكر في الاصل قولهما وجه ما ذكر
في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض
الحيضة فيكمل بالثانية ولا يتجزى فيتكامل وجه قول الاخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة
فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يلي الحيضة ومن قال
لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي
طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه فان
نوى ان يقع الثلث الساعة او عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت
في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر لا يصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة
ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله
مطلق كلامه وينتظمه عند نيته وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة
واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات
الاقراء على ما بينا وان نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف
ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث حيث لا تصح نية الجملة فيه لان نية

نية الثلث انما صحت فيه من حيث ان اللام للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته
تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلث **فصل**
ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون
والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية
بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار وطلاق المكره واقع خلافا
للشافعي هو يقول الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل
لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته
فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين
واختار اهونهما وهذا اية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير
مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي انه لا يقع
وهو احد قولي الشافعي لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله
بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فيجعل باقيا حكما زجرا له حتى
لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس
واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة
وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى وطلاق الامة ثنتان حرا كان
زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال ش عدد
الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان
صفة المالكية كرامة والادمية مستدعية لها ومعنى الادمية في الحر اكمل فكانت مالكيته
ابلغ واكثر ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان
حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف النعمة الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت
عقدتين وتأويل ما روي ان الايقاع بالرجال واذا تزوج العبد امرأة وقع طلاقه
ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون
المولى **باب ايقاع الطلاق** الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح

قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لأن هذه الألفاظ
تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وأنه يعقب الرجعة بالنص
وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن ولا يفتقر إلى النية لأنه صريح فيه لغلبة
الاستعمال وكذا إذا نوى الإبانة لأنه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه
ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين
الله تعالى لأنه يحتمله ولو نوى الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله
تعالى لأن الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن ح أنه يدين فيما بينه
وبين الله تعالى لأنه يستعمل للتخليص ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا
يكون طلاقا إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا ولا يقع به إلا
واحدة وإن نوى أكثر من ذلك وقال ف يقع ما نوى لأنه محتمل لفظه فإن ذكر
الطالق ذكر الطلاق لغة كذكر العالم ذكر العلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون
نصبا على التفسير ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق فلا
يحتمل العدد لأنه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا
هو تطليق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا
كقولك أعطيته جزيلا وإذا قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا
فإن لم يكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهي واحدة رجعية وإن نوى ثلثا فثلث
ووقوع الطلاق في اللفظة الثانية والثالثة ظاهر لأنه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق
فإذا ذكره وذكر المصدر معه وأنه يزيده وكادة أولى وأما وقوعه باللفظة الأولى فلأن
المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل أي عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق
وعلى هذا لو قال أنت طلاق يقع به الطلاق أيضا ولا يحتاج فيه إلى النية ويكون رجعيا
لما بينا أنه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه ويصح نية الثلث لأن المصدر يحتمل
العموم والكثرة لأنه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الأجناس فيتناول الأدنى مع
احتمال الكل ولا يصح نية اثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول إن اثنتين بعض الثلث

الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلث
إنما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية اثنتين باعتبار معنى
الجنسية أما اثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لأن
معنى التوحد مراعى في ألفاظ الوحدان وذلك بالفردية أو الجنسية والمثنى
بمعزل منهما ولو قال أنت طالق الطلاق وقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي
الطلاق أخرى يصدق لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع فكأنه قال أنت طالق
وطالق فيقع رجعيتان إذا كان مدخولا بها وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها
أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لأنه أضيف إلى محله وذلك مثل أن يقول أنت
طالق لأن التاء ضمير المرأة أو يقول رقبتك طالق أو عنقك أو روحك أو بدنك
أو جسدك أو فرجك أو رأسك أو وجهك لأنه يعبر بها عن جميع البدن أما
الجسد والبدن فظاهر وكذلك غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال تعالى
فظلت أعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج
ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه يعني نفسه ومن هذا
القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك إن طلق
جزءا شائعا منها مثل أن يقول نصفك أو ثلثك طالق لأن الجزء الشائع محل لسائر
التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق إلا أنه لا يتجزأ في حق الطلاق
فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال
زفر وف يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما أنه
جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا
للطلاق فيثبت فيه قضية للإضافة ثم يسري إلى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما إذا
أضيف إليه النكاح لأن التعدي ممتنع إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا
الجزء وفي الطلاق الأمر على القلب ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو كما إذا
أضافه إلى ريقها أو ظفرها وهذا لأن محل الطلاق ما يكون فيه القيد لأنه ينبئ

عن رفع القيد ولا قيد في اليد والرجل فلا تصح اضافة النكاح اليها بخلاف الجزء الشايع
لانه محل النكاح عندنا حتى يصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا
في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن ولو طلقها
نصف تطليقة او ثلثها كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر
بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها انت
طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة
فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون ثلث تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق ثلثة
انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلث
تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا ولو قال انت طالق من
واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى
ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان هذا عند ح وقالا في الاولى هي ثنتان
وفي الثاني ثلث وقال زفر في الاولى لا يقع شيء وفي الثاني يقع واحدة وهو القياس
لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحايط
الى هذا الحايط ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في
العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي ح ان العرف
بخلافه لاكثر من الاقل واقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين او ما
بين ستين الى سبعين ويريدون ما ذكرنا انما هو اباحة الكل فيما طريقه طريق الاباحة
كما ذكر والاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة ليترتب
عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع
ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر
ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين لو نوى الضرب والحساب او لم تكن له نية
فهي واحدة وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد ولنا
ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب

يوجب تعدده وان نوى واحدة وثنتين فهي ثلثة لانه يحتمله فان حرف الواو
للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها يقع واحدة كما في قوله
واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان كلمة في تاتي
بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو نوى الظرف يقع
واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين
ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر ثلث لان قضيته ان يكون اربعا
لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بينا ولو
قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر
هي باينة لانه وصف الطلاق بالطول وقلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع
وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل
البلاد وكذلك قوله انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون
مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو
خلاف الظاهر وكذا اذا قال انت طالق وانت مريضة وان نوى اذا مرضت ثم
يدين في القضاء ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة
لانه علقه بالدخول ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل للمقاربة بين الشرط
والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية **فصل** في اضافة الطلاق الى الزمان
ولو قال انت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق
في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به آخر النهار يصدق
ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر ولو
قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم فانه يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه
به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا او
التنجيز لا يحتمل الاضافة واذا قال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من
ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين ولو قال انت طالق في غد

وقال لو نوى آخر النهار صدق في القضاء عنده وقالا لا يدين في القضاء
خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه
ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف في واثباته
سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف
والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا
عين آخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله
غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد ونظيره
اذا قال والله لاصومن الدهر ونظير الاول والله لاصومن في الدهر وعلى
هذا الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء
لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت
طالق قبل ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا على عدم النكاح او عن كونها
مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه
ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء
في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك
لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا صبي
او وانا نائم ويصح اخبارا على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك
او متى ما لم اطلقك فسكت طلقت لانه اضاف الى زمان خال عن التطليق وقد
وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف
الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحياة ولو قال انت طالق
ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحياة
وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح ولو قال
انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عنده وقال
س م تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت

كورت وقال قائلهم واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب
فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر
من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت ولابي حنيفة انه يستعمل للشرط
ايضا قال قائلهم واستغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل
فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك
والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها
وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وهذا
الخلاف فيما اذا لم يكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط
يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت
طالق فهي طالق هذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس
ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر لانه وجد زمان
لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ عنها وجه
الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة حاله لان البر هو المقصود
ولا يمكن تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف لا يسكن
هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخواته على ما يأتيك في الايمان
ان شاء الله تعالى ومن قال لامرأة يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها
ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن
بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهو اللائق به ويذكر
ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق
الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل
فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء
لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض
خاصة هو اللغة فصل ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء

وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق
فهي طالق وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك
النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت هي المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة
بالتمكين وكذا الحل بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما
يصح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق وضع لازالة
القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو
كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة
بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل
وهو مشترك فصحت اضافتهما اليهما ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها ولو
قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء قال رضه كذا ذكر في الجامع الصغير
من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف اخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق
واحدة رجعية ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة
او لا شيء ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور هنا قول الكل فعن محمد روايتان
له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار
الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في
اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد
الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولو كان الوقوع
بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف
معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا
له كان الشك داخلا في الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي او مع
موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية
وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك الرجل امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة
زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة للمنافاة بين المالكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين
المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة
مع قيام ملك اليمين فينتفي ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق
يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته
او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة
بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك حتى حل وطؤها له ولو قال لها وهي امة لغيره
انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق
التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما
على خطر الوجود وللحكم تعلق به وحرف مع يستعمل للشرط وهذا لان في التعليق
لان في التعليق يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق
معلقا بالاعتاق والعتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون
الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم عليه حرمة غليظة
بالثنتين يبقى شيء وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد يذكر للتاخر كما في قوله تعالى
فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى
الشرط ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت
حرة فجاء الغد لم يحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع
باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى وانما ينعقد المعلق سببا
عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فكان
التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى
ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق
ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة
بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق
على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة

يؤخذ فيها بالاحتياط والاوجه الاول قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق
لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان **فصل**
في تشبيه الطلاق ووصفه ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام
والوسطى والسبابة فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد
في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا
وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين
فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها
فبالمضمومة منها واذا تقع الاشارة بالمنشورة فلو نوى الاشارة بالمضمومتين
يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى
ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر وان لم يقل هكذا
يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار بقوله انت طالق واذا
وصف الطلاق بضرب من الشدة او الزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق
بائن او البتة وقال الشافعي يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع
معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت
طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله الا ترى ان البينونة قبل
الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد محتمليه ومسألة
الرجعة ممنوعة فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى
الثلث فثلث لما مر قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة
اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع
وكذلك لو قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار
اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او
اسوؤه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو
السنة فيكون البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي س في قوله انت طالق

طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث
الايقاع في حالة الحيض فلا بد من النية وعن محمد انه اذا قال انت طالق للبدعة
او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة
الحيض فلا يثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب
زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل
لما قلنا وقال ابو س يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحده
ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملء البيت فهي واحدة
بائنة الا ان ينوي الثلث اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه
لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي فيحتمله وانما تصح نية الثلث لذكره
المصدر واما الثاني فلانه قد يراد به التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى
يقال هو كالف رجل ويراد به القوة فيصح نية الامرين وعند فقدانها يثبت اقلهما وعن
محمد انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا
فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما الثالث فلان الشيء قد يملأ
البيت لعظمه في نفسه وقد يملؤه لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند
انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل عند ح انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا
اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة
وصف وعند س ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان
التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند
زفر ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي
وقيل محمد مع ابي ح وقيل مع ابي س وبيانه في قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس
الابرة ومثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او طويلة
او عريضة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما
يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن س انه يقع بها رجعية لان

هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت
نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها باين **فصل** في الطلاق قبل
الدخول واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع
مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بينا فلم يكن قوله انت طالق
ايقاعا على حدة فيقعن جملة فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية
وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحدة ايقاع على حدة
اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فيقع الاولى في الحال
فتصادفها الثانية وهي مبانة وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة
وقعت واحدة لما بينا انها بانت بالاولى ولو قال انت طالق واحدة فماتت
قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو
العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فيبطل وكذا لو قال
انت طالق ثنتين او ثلثا لما بينا وهذه يجانس ما قبلها من حيث المعنى ولو
قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل
انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة
للمذكور آخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة
للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال
لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة
صفة للاولى فتبين بها فلا تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة
صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبلها
واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية
فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي
ايقاع في الحال ايضا فيقترنان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة
لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى

الاخرى قبل هذه فيقترنان ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او
معها واحدة تقع ثنتان لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف في قوله معها
انه تقع واحدة لان الكناية تقتضي سبق المكني عنه لا محالة وفي المدخول بها
تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت
الدار فانت طالق واحدة فدخلت الدار وقعت عليها واحدة عند ح وقالا
يقع ثنتان ولو قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت
طلقت ثنتين لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا
نص على الثلث او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب
فعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد
على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف عليه
فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء
فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق
لان الفاء للتعقيب وهو الاصح واما الضرب الثاني وهي الكنايات لا يقع بها الطلاق
الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد
من التعيين او دلالته قال وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها الطلاق
الرجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة
اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق
يعقب الرجعة وهو قوله تعالى الطلاق مرتان الى وبعولتهن احق بردهن واما الثانية
فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل
الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها تحتمل ان يكون نعتا لمصدر محذوف
معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة وتحتمل
غيره وهو ان يكون واحدة عنده او عند قومها ولما احتملت هذه الالفاظ
الطلاق وغيره يحتاج فيها الى النية ولا يقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها

مقتضى او مضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا كان
اولى وفى قوله واحدة ان صار نعتا لمصدر محذوف لكن التنصيص على الواحدة
ينافي نية الثلث ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لان
العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب قال رحمه الله وبقيتها كنايات اذا نوى بها
الطلاق كانت واحدة باينة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت
واحدة وهى مثل قوله انت باين وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك
والحقى باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك
وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي
الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال الا ان يكون في حال مذاكرة
الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان
ينوي قال رحمه الله سوى بين هذه الالفاظ في حال المذاكرة وهذا فيما لا يصلح ردا
والجملة فى ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهى حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق
وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا
لا ردا وما يصلح جوابا ويصلح سبا وشتمة ففي حالة الرضا لا يكون شئ منها
طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حال مذاكرة الطلاق
لا يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية
باين بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري لان الظاهر ان مراده الطلاق عند
سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تخمري
تقنعي وما جرى هذا المجرى لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفى حالة الغضب
يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد او السب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح
للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان
الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف في قوله لا ملك لي عليك ولا
سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما

لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلث الاول مذهبنا
وقال الشافعي يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق
ولهذا يشترط النية وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح
ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا
خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا
ينسد عليه باب التدارك ولا تقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد وليست
كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقايقها والشرط تعيين احد نوعي البينونة
دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح
نية الثلث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى
ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال
لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا
دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد
بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث
لانه لما نوى بالاول الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان
للطلاق بهذه الدلالة ولا يصدق في نفي النية بخلاف ما لو قال لم انو بالكل الطلاق
حيث لا يقع شئ لانه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق
دون الاوليين حيث لا تقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم يكن
حالة مذاكرة الطلاق وفى كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع
اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

ولو قال الرجل لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق
نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر
من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات

تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا
ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس الاكل
غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل
الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لا بد
من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر
غيره قال فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس
ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة
فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رض ولانه بسبيل
من ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم
الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن
ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لانها
تتنوع ولا بد من ذكر النفس في كلامه او في كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد
اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسرة من احد الجانبين ولان المبهم
لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال لها اختاري نفسك
فقالت قد اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا
له فيتضمن اعادته وكذا اذا قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت لان الهاء
في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة
ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه وكذا لو قال لها اختاري فقالت قد
اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من
محتملات كلامه ولو قال لها اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس
ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت
انا اطلق نفسي ووجه الاستحسان حديث عائشة رض فانها قالت لا بل اختار الله
ورسوله واعتبره النبي عليه السلام جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز

في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي
لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة وكذلك قولها انا
اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري
اختاري اختاري فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول
ابي حنيفة ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية بدلالة
التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه
ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا
وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب
والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء ولو قالت اخترت
اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا لانها للمرة فصار كما اذا صرحت بها ولان
الاختيارة للتاكيد وبدون التاكيد يقع الثلث فمع التاكيد اولى ولو قالت قد
طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ
يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اخترت نفسها بعد العدة وان قال
لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك
الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة **فصل**
في الامر باليد ولو قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي
بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة
صفة للاختيار فصارت كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة فبذلك تقع الثلث ولو
قالت قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة
نعت لمصدر محذوف وهو في الاول الاختيارة وفي الثاني التطليقة الا انها تكون
بائنة لان التفويض في البائن ضرورة ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة
المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما يصح نية الثلث في قوله امرك بيدك
لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل

العموم وقد حققناه من قبل ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل
فيه الليل فان ردت الامر في يومها بطل امرها ذلك اليوم وكان بيدها بعد غد
لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسه لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة
مفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الاخر وقال زفر هما امر واحد
بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت والامر
باليد يحتمله فيتوقت الامر بالاول وجعل الثاني امرا مبتدأ ولو قال امرك بيدك
اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها
في الغد لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما
لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال
امرك بيدك في يومين وعن ح انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها
غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا يملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت
نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد
الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما وعن س اذا قال امرك
بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم
وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها
لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم على بياض النهار وقد حققناه من
قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته ولو جعل امرها بيدها او خيرها
فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق
منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر
على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا
تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك ومعنى التعليق فيتوقف
على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك
محض لا يشوبه التعليق اذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة

ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام
لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما لم يقم ولم
تاخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه
او يدل على الاعراض وقوله مكثت ليس للتقدير به وقوله ما لم تاخذ في عمل آخر
يراد به عمل يعرف انه قطع لما كانت فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة
فقعدت فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأي وكذا
اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة
الجلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رض هذه رواية
الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان
الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة
فاضطجعت ففيه روايتان عن س ولو قالت ادع لي ابي استشيره او شهودا
اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز
عن الجحود فلا يكون دليل الاعراض وان كانت تسير على دابة او في محمل
فوقفت فهي على خيارها فان سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقفها
مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا
يرى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر **فصل** في المشيئة ومن
قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي
واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها
وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل التطليق وهو اسم جنس فيقع على الادنى
مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث فينصرف الى الواحدة
عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق ولو نوى
الثنتين لا تصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها ولو
قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي

لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الا يرى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق
او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت موافقة لا
للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد
الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي ان
تقع طلقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا يرى انه لو قال
لامرأته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي
فقال الزوج اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير
وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن ح انه لا يقع بقولها ابنت شيء لانها اتت بغير
ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق فان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع
عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو
قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل و
وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع ولو قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها
ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة في الاوقات فصار كما اذا قال
في اي وقت شئت واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده
وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته
طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان شئت
فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر هذا والاول
سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف عن مشية فكان كالتوكيل
بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك هو
الذي يتصرف عن مشية والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله ولو قال
لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة فهي واحدة لانها ملكت ايقاع الثلث
فتملك ايقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها
ثلثا لم يقع شيء عند ح وقالا تقع واحدة لانها اتت بما ملكت وزيادة فصار

فصار كما اذا طلقها الزوج الفا ولابي ح انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت
مبتدئة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلث غير الواحدة لان الثلث
اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل
المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة الاولى لانها ملكت
الثلث اما ههنا لم تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها فلغا وان امرها بطلاق يملك
الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج
فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فتقول طلقت
نفسي واحدة بائنة فيقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا
فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني ان يقول لها طلقي نفسك واحدة
بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية
لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع
الاصل دون تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالوصف الذي
عينها الزوج بائنا وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت فطلقت واحدة لم
يقع شيء لان معناه ان شئت الثلث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم
يوجد الشرط ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت نفسها ثلثا
فكذلك عند ح لان مشية الثلث ليست مشية للواحدة كايقاعها وقالا يقع
واحدة لان مشية الثلث مشية للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع الواحدة فوجد
الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت
ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة
فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق
بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا
طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه
ايقاع مبتدأ اذ المشية تنبئ عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لا ينبئ

عن الوجود وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا الامر
لم يجئ بعد لما ذكرنا ان المأتي به مشية معلقة ولا يقع الطلاق ويبطل الامر وان
قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت لان التعليق بشرط كائن
تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت
فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما فلانهما للوقت وهي
عامة في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت شئت ولا يقتصر على المجلس ولو ردت
لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى
يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق
في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق واما كلمة اذا واذا ما فهي ومتى ما عندهما
سواء وعنده ان كان تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا
يخرج بالشك وقد مر من قبل ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها
واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلثا لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال الا
ان التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها
لم يقع شيء لانه ملك مستحدث وليس لها ان تطلق نفسها ثلثا بكلمة واحدة لانها توجب
عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت طالق
حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشية لها لان
كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق
المشية فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان
فوجب اعتباره خصوصا وعموما وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة
يملك الرجعة ومعناه قبل المشية فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلثا وقال
الزوج نويت ذلك فهو كما قال لان عند ذلك يثبت المطابقة بين مشيتها وارادته
اما اذا ارادت ثلثا والزوج بائنة واحدة او على القلب تقع واحدة بائنة او على
القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وله

وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير قال رضـ قالـ
في الاصل هذا قول ح وعندهما لا تقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية او بائنة
او ثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة
شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها لتكون لها المشية في جميع الاحوال
اعني قبل الدخول وبعده ولابي ح ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف اصبحت
والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه ولو قال لها
انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما تستعملان في العدد
فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت عن المجلس بطل فان ردت الامر
كان ردا لان هذا امر واحد وهو في الحال فيقتضي الجواب في الحال وان قالـ
لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين ولا
تطلق ثلثا عند ح وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة للتعميم وكلمة
من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من
نسائي من شاءت ولابي ح ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما
وفيما استشهدا به ترك التبعيض لدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة وهو المشية
حتى لو قال من شئت كان على الخلاف والله اعلم **باب الايمان في الطلاق**
واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان
تزوجتك فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال ف لا تقع لقوله
عليه السلام لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا
يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده
وقبل ذلك اثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل مأثور
عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط
مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك
قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط فتصح يمينا او ايقاعا ولا تصح

اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى الملك لان الجزاء لابد
ان يكون ظاهر الكون مخيفا ليتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد
هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه قال
فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان
الحالف ليس بمالك وما اضافه الى الملك او سببه ولابد من واحد منهما والفاظ الشرط
ان واذا واذما وكل وكلما ومتى ومتما لان الشروط تعلق بعلامة وهذه الالفاظ
مما يليها افعال فتكون علامة على الحنث ثم كلمة ان حرف للشرط لانه ليس فيها معنى
الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليست شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط
ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم
الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريه فهو حر قال ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط
انحلت اليمين وانتهت لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط
ولا بقاء لليمين بدونه الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت
جلودهم الاية ومن ضرورة التعميم التكرار قال فان تزوجها بعد ذلك بعد زوج اخر
وتكرر الشرط لم يقع شيء لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات في هذا النكاح لم
يبق الجزاء وبقاء اليمين بدونه وبالشرط وفيه خلاف زفر وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى
ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة وان
كان بعد زوج اخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير
محصور وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله
فبقي اليمين ثم ان وجد الشرط في الملك انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل
قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود
الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج
الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع
الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها

قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت قد
حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا
تقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها امينة في حق نفسها
اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها
شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذا اذا قال ان كنت
تحبين ان يعذبك الله بنار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احب او قال
ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت هي ولم
يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة
بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها
وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهي المحبة واذا قال لها
اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام لان ما ينقطع
دونه لا يكون حيضا فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه
بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء ولو قال لها اذا حضت
حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكامل
منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر وكذا
قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم
فيه لان الصوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال اذا صمت
لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته اذا
ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين
فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة وفي
التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة
بوضع الحمل
وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو
ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع

شيء آخر بدليل ما ذكرنا انه حال انقضاء العدة فاما ان في حال تقع واحدة وفي حال
تقع ثنتان ولا تقع الثانية بالشك والاولى ان تاخذ بالثنتين تنزها واحتياطا
والعدة منقضية بيقين لما ذكرنا وان قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف
فانت طالق ثلثا ثم طلقها واحدة وبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها
فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلثا مع الواحدة الاولى وقال زفر لا تقع وهذه
على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك يقع الطلاق وهذا ظاهر او وجدا في
غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع ايضا
لان الجزاء لا ينزل في غير الملك او وجد الاول في غير الملك والثاني في غير الملك وهي
مسئلة الكتاب مختلفة لا اعتبار الاولى بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد
ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء
غالب الوجود استصحابا للحال فتصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه
لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك
اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة فان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا
فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاولى فدخلت
الدار طلقت ثلثا عند ح وس وقال م هي طالق ما بقي من الثلث وهو قول
زفر واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلث عندهما فتعود اليه بالثلث وعند
م وزفر لا يهدم فتعود بما بقي وسنبين ان شاء الله تعالى وان قال لها ان دخلت
الدار فانت طالق ثلثا ثم قال لها انت طالق ثلثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم
رجعت الى الاولى ثم دخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلث لان الجزاء
ثلث مطلق لا طلقات الملك وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى اليمين ولنا ان الجزاء
طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع
او الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرنا وقد فاتت بتنجيز الثلث تبطل المحلية فلا تبقى اليمين
بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت

فانت طالق ثلثا فجامعها فلما التقاء الختانان لبث ساعة لم يجب عليه المهر
وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه مهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت
حرة وعن س انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه
الا انه لا يجب الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا
دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرجه ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا
ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد
وجب العقر اذ الوطء لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا
باللبث عند س خلافا لمحمد لوجود المساس ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع
لوجود الجماع **فصل** في الاستثناء واذا قال لامرأته انت طالق ان
شاء الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال
ان شاء الله متصلا لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من
هذا الوجه انه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا
يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول
فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول قال وكذا اذا ماتت قبل قوله
ان شاء الله لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب
دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء وان قال انت طالق
ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة لان الاستثناء
تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين
قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض
من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده
شيء ليصير متكلما به وصارفا اللفظ اليه وانما يصح اذا كان موصولا به كما ذكرنا
من قبل واذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني
واحدة فتقع واحدة ولو قال الا ثلثا تقع الثلث لانه استثناء الكل فلم يصح

باب طلاق المريض وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته
طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث
لها وقال الشافعي لا ترث في الوجهين لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض
وهي السبب ولهذا لا يرثها إذا ماتت ولنا أن الزوجية سبب إرثها في مرض
موته والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء
العدة دفعا للضرر عنها وقد أمكن لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض
الآثار فجاز أن يبقى في حق إرثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لأنه لا إمكان
والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لإرثه عنها فيبطل في حقه خصوصا إذا
رضي به وإن طلقها ثلاثا بأمرها أو قال لها اختاري فاختارت نفسها أو اختلعت
منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لأنها رضيت بإبطال حقها والتأخير لحقها وإن
قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن
بسؤالها راضية ببطلان حقها وإن قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثا في صحتي
وانقضت عدتك فصدقته ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك
ومن الميراث عنده وقالا يجوز إقراره ووصيته وإن طلقها ثلاثا في مرضه بأمرها
ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا
إلا على قول زفر فإن لها جميع ما أوصى وما أقر لأن الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع
من صحة الإقرار والوصية وجه قولهما في المسألة الأولى أنهما لما تصادقا على الطلاق
وانقضاء العدة صارت أجنبية عنه فانعدمت التهمة ألا ترى أنه تقبل شهادته لها
ويجوز وضع الزكاة فيها بخلاف المسألة الثانية لأن العدة باقية وهي سبب التهمة
والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسألة الأولى
ولأبي حنيفة في المسألتين أن التهمة قائمة لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار
والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة
ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في

في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج والشهادة
فلا تهمة في حق هذه الأحكام قال ومن كان محصورا أو في صف القتال
فطلق امرأته ثلاثا لم ترثه وإن كان قد بارز رجلا أو قدم ليقتل في قصاص
أو رجم ورثت إن مات في ذلك الوجه أو قتل وأصله ما بينا أن امرأة الفار ترث
استحسانا وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وإنما يتعلق بمرض يخاف منه
الهلاك غالبا كما إذا كان صاحب الفراش وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه
كما يعتاده الأصحاء وقد يثبت بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما
يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال
الغالب منه السلامة لأن الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم
الفرار والذي بارز أو قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا
أخوات تخرج على هذا الحرف وقوله إذا مات في ذلك الوجه أو قتل دليل على أنه لا
فرق ما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتل وإذا
قال الرجل لامرأته وهو صحيح إذا جاء رأس الشهر أو إذا دخلت الدار أو إذا صلى فلان
الظهر أو إذا دخل فلان الدار فأنت طالق فكانت هذه الأشياء والزوج مريض
لم ترث وإن كان القول في المرض ورثت إلا في قوله إذا دخلت الدار وهذا على
وجوه إما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت أو بفعل الأجنبي أو بفعل نفسه أو بفعل المرأة
وكل وجه على وجهين إما أن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كلاهما في
المرض أما الوجهان الأولان وهو ما إذا كان التعليق بمجيء الوقت بأن قال إذا جاء رأس
الشهر فأنت طالق أو بفعل الأجنبي بأن قال إذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر فإن
كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لأن القصد إلى الفرار قد تحقق منه بمباشرة
التعليق في حال تعلق حقها بماله وإن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث
وقال زفر ترث لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان إيقاعا في المرض
ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم إلا عن

قصد الفرار حين فوّض واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان
التعليق في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض والفعل مما له منه بدّ او لا بدّ له
منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض وان
لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها واما
الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل
مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان كان الفعل لا بد
لها منه كاكل الطعام وصلوة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة
لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى ولا رضى مع الاضطرار
واما اذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه لا ميراث
لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد وهو قول زفر لانه لم يوجد من الزوج
صنع بعد ما تعلق حقها بماله وعندهما ترث لان الزوج الجاها الى المباشرة
فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما في الاكراه قال واذا طلقها ثلثا وهو مريض ثم
صح ثم مات لم ترث وقال زفر ترث لانه قصد الفرار حين اوقع في المرض وقد مات وهي
في العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت
فتبين انه لا حق يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله
ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن الزوج
في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا
ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة ما ابطلت الاهلية لان المحرمية لا تنافي الارث
وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت في حال قيام النكاح لانها اثبتت الفرقة فتكون راضية
ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا
ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال محمد لا ترث وان كان القذف
في المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي
ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وان آلى وهو

صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت
لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا
بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث
فيه في جميع الوجوه لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائما
قال وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه

باب الرجعة

واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها
رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد
من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا ترى انه سمى امساكا وهو الابقاء
وانما يتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها والرجعة ان يقول
راجعتك او راجعت امرأتي وهو صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة قال
او يطأها او يقبلها او يلمسها او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال
ف لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح عنده
حتى يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة على ما بيناه وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى
والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص
بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة
لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج
قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها
فتطول العدة عليها ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين فان لم يشهد
صحت الرجعة وقال ف في احد قوليه لا تصح الرجعة وهو قول مالك لقوله تعالى
واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص عن قيد
الاشهاد ولانه استدامة النكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في
الفيء في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها وما تلوناه
محمول عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب ان يعلمها كيلا

سمع في المعصية واذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتها في العدة فصدقته
فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان
متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عندح وهي مسئلة الاستحلاف
في الاشياء الستة وقد مر في النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له
قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عندح وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ
هي باقية ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة
له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي ح انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة
في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب احواله
حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره
بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد
كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها عندح وقالا القول
قول المولى لان بضعها مملوك له وقد اقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها
المولى
بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما
يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح
لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في ابطاله
بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها
ولا يظهر ملكه مع العدة فان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض
فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به واذا انقطع الدم من الحيضة
الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة
ايام لم تنقطع حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلاة لان الحيض لا مزيد له
على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت عن الحيض فانقضت العدة وانقطعت
الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد ان يعتضد الانقطاع بحقيقة
الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت صلاة بخلاف ما اذا كانت كتابية

كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع اذا
تيممت وصلت عندح وابي س وهذا استحسان وقال م اذا تيممت انقطعت الرجعة
وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام
ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة
ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلاة لا فيما
قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس
الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة فان اغتسلت
ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع
الرجعة وان كان اقل من عضو انقطعت الرجعة قال رض وهذا استحسان
والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس
فيما دون العضو ان تبقى الرجعة لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه
الاستحسان وهو الفرق ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا
يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذا
بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه
عادة فافترقا وعن ابي يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل
وعنه وهو قول محمد هو بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره
من الاعضاء ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة
لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد
للفراش وذلك دليل الوطي منه وكذا اذا ثبت نسب الولد جعل واطئا واذا ثبت
الوطي تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع
الا ترى انه يثبت بهذا الوطي الاحصان فلان تثبت الرجعة اولى وتأويل مسئلة الولادة
ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا يتصور
الرجعة فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها لم يملك الرجعة لان

تاكد الملك بالوطي وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر
مكذبا شرعا لان تاكد المهر المسمى مبتنى على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف
الفصل الاول فان راجعها معناه بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها ثم جاءت
بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء
العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فانزل واطيا قبل الطلاق دون ما بعده لان
على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطي قبله فيحرم الوطي والمسلم لا
يفعل الحرام وان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد آخر فهي
رجعة معناه من بطن آخر اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليها بالولد
الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها
لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق
فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث
لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا
لما بينا انه يجعل العلوق بوطي حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة
الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث
صار مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة
بالاقراء لانها حايل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية
تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قايم بينهما ثم الرجعة مستحبة
والتزين حامل عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها
حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها
ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول
العدة عليها وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر له ذلك
لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن
من بيوتهن الاية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى

حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده
ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد
على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج الاخراج وقوله حتى يشهد على
الرجعة معناه الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي وقال ش
يحرمه لان الزوجية زايلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قايمة حتى يملك
مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند
اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة
لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما
تقدم **فصل** فيما تحل به المطلقة واذا كان الطلاق باينا دون الثلث
فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضايها لان حل المحلية باق لان زواله معلق
بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه
في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح
زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه
قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة
الثالثة والثنتان في الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف لحل
المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح
صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطي حملا
للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد
على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الآخر
روي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب وقوله غير معتبر حتى لو
قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال
قيد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط
بالنص ومالك يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم

ويبلغ ومثله يجامع جامع امراته وجب عليها الغسل واحلها للزوج الاول ومعنى
هذا الكلام ان يتحرك آلته ويشتهي وانما يجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو
سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان
يؤمر به تخلقا قال ووطي المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها
بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له وهذا
هو محمله فان طلقها بعد ما وطيها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح
اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي س انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت ولا
يحلها على الاول لفساده وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول
لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث واذا طلق الحرة
تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج
الاول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين كما يهدم
الثلث وهذا عند ح وس وقال م لا يهدم ما دون الثلث لانه غاية للحرمة بالنص
فيكون منهيا ولا انها للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل
له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت
ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها
اذا كان في غالب ظنه انها صادقة لانه معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول
الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة
وسنبينها في باب العدة ان شاء الله تعالى

باب الايلاء

اذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله
تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية فان وطيها في الاربعة
الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء
لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة
وقال الشافعي تبين بتفريق القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح

المشروع كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال
نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة
الثلثة وزيد بن ثابت رض وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم
الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين
لانها كانت موقتة به وان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم
يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد
البينونة فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطيها والا وقعت بمضي اربعة
اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر
ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي
اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بينا فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك
الايلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد
مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطيها كفر عن يمينه
لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس
رض لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة
بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين بعد
هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كالجمع بلفظ الجمع
ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا
لان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد
الثانية اربعة الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة
الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة
فتمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه
هنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها فانه لا
يصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار

موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته فيها
لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة قال ولو حلف بحج او
صوم او صدقة او عتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء
وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها
عتق عبده وفيه خلاف ابي يوسف فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان
البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق
صاحبتها وكل ذلك مانع وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن
موليا لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من يكون من نسائنا
بالنص ولو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية ولو
قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا
لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان
قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه
مدة ضربت اجلا للبينونة فيتنصف بالرق كمدة العدة وان كان المولي مريضا لا يقدر
على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما مسافة
لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها فان
قال ذلك سقط الايلاء وقال الشافعي لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو
كان فيئا لكان حنثا ولنا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان
واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء
وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف واذا قال لامرأته
انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة
كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا وان قال اردت الطلاق فهي
تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلث وقد ذكرناه في الكتاب وان قال اردت الظهار
فهو ظهار عند محمد وقال ابو يوسف ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو

وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد
وان قال اردت التحريم او لم ارد به شيئا فهو يمين يصير به موليا لان الاصل
في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله تعالى
ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله اعلم

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله
فلا بأس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح عليهما
فيما افتدت به فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عليه السلام
الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات
بائن الا ان ذكر المال اغنى عن النية هنا ولانها لم تسلم المال الا لتسلم لها
نفسها وذلك بالبينونة وان كان النشوز من قبله يكره له ان يأخذ منها عوضا
لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا
منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان
كان النشوز منها كره له ان يأخذ اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير
طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه بدءا وجه الاخرى قوله عليه السلام في امرأة
ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو اخذ الزيادة
جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز
حكما والاباحة وقد ترك العمل في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي وان
طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا
وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك
النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما
بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الآخر
وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع
المسلمة على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض

في الطلاق فكان رجعيا بوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما
في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني
الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا
متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب
غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا لانها سمت
مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث يجب قيمة العبد
لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج
فغير متقوم على ما نذكره بخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم
والفقه فيه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه واما الاسقاط
فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون
بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت
خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانه لم تغره
بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها
شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض
ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير
متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت
خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلثة
دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لان الكلام
يختل بدونه وان اختلعت على عبد لها ابق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها
تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة
العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط
الفاسدة وعلى هذا النكاح واذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة
فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف

الالف وهذا لان حرف الباء تصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض
والطلاق باين لوجوب المال فان قالت طلقني ثلثا على الف فطلقها واحدة
فلا شيء عليها عند ابي حنيفة ويملك الرجعة وقالا هي واحدة باينة بثلث الالف لان
كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم
او على درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن
بالله شيئا ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا وهذا
لانه للزوم حقيقة فاستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط
لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان مبتديا
فوقع ويملك الرجعة ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت
نفسها واحدة لم يقع شيء لان الزوج ما رضي بالبينونة الا لتسلم له الالف كلها
بخلاف قولها طلقني ثلثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى
ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت طالق
بالف ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك ومعنى
قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط
لا ينزل قبل وجوده والطلاق باين لما قلنا ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف
فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا
شيء عليهما عند ابي حنيفة وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبلا وان
لم يقبلا لا يقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان
قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط
بما قبلها الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق
ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه ولو قال انت طالق
على الف درهم على انه بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان
للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار في الثلث بطل وان لم ترد طلقت

فلو مهرها الالف وهذا عنده وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الالف
لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد او للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من
الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرط ولابي ح ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع
حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما في جانبه
فيمين حتى لا يصح رجوعه عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب
العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم
فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قوله ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد
امس بالف درهم فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق
بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع لا
يتم الا بالقبول والاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه قال
والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق
بالنكاح عند ابي ح وقال م لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف معه في الخلع ومع
ابي ح في المبارأة لمحمد ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولابي
يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق وقيدناه
بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس
النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي ح ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه
خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه
وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع
غير متقوم في حالة الخروج والبدل لها بالنكاح متقوم بخلاف النكاح لان البضع
متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من
جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع
في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله اي قبول الاب وقد وجد فيعتبر
بتعليق سائر الشروط وان خلعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف

على الاب عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط
مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها
ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال
لانها ليست من اهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه روايتان وكذا ان خالعها
على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر
وان قبل الاب عنها فعلى روايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت
لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف
واصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس
عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة حاصل
ما يلزم لها

باب الظهار

اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر
امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره
لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا
والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة
غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة
عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه
كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي
الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله ولا شيء
عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره
قبل ان يكفر استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه قال
وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ
فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو
مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا
يجوز النظر اليه وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل

اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك ان قال
رأسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها
عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق ولو قال
انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال
لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام فان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه
تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال
اردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام
ونوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ح وس لاحتمال الحمل على الكرامة
وقال م يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه
بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند س هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى
الحرمتين وعند م ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام
كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان
التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وان لم يكن له نية فعلى
قول ابي س ايلاء وعلى قول م ظهار والوجهان بيناهما ولو قال انت علي حرام
كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ح وقالا هو على ما نوى
لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا
وعند س يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولابي ح انه صريح في الظهار فلا يحتمل
غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه قال ولا يكون الظهار الا من زوجته حتى لو ظاهر من
امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا يلحق
بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة فان تزوج امرأة
بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه
وقت التصرف فلم يكن منكرا والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق
المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان

كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق
وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء
الحرمة فيتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة
الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

قال وكفارة الظهار عتق
رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين
مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال كل ذلك قبل
المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان
الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا ويجزي
في العتق رقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة
ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي
يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله
كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق
الكفارة في الطاعة ثم هو مقارن للمعصية بحاله الى سوء اختياره ولا تجوز العمياء
ولا المقطوعة اليدين او الرجلين لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر او البطش
او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة
احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت
بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة
المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر
لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه
اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس
لا يجزئه ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت
جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون
الا بالعقل فكان فائت المنافع والذي يجن ويفيق يجزئه لان الاختلال

غير مانع ولا يجزئ عتق المدبر وأم الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما
ناقصا وكذا المكاتب الذي أدى بعض المال لأن إعتاقه يكون ببدل وعن ح
أنه يجزئه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف أمومية
الولد والتدبير لأنهما لا يحتملان الانفساخ فإن أعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز
خلافا ف له أنه استحق الحرية بجهة الكتابة فأشبه المدبر ولنا أن الرق قائم من
كل وجه على ما بينا ولقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة
لا تنافيه فإنه فك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة إلا أنه بعوض فيلزم من جانبه ولو
كان مانعا ينفسخ مقتضى الإعتاق إذ هو يحتمله إلا أنه يسلم له الأكساب والأولاد
لأن العتق في حق المحل بجهة الكتابة أو لأن الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب
ولو اشترى أباه أو ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها وقال ف لا يجوز وعلى هذا
الخلاف كفارة اليمين والمسألة تأتيك في كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى فإن أعتق نصف
عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند ح ويجوز عندهما لأنه يملك نصيب
صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما إذا كان المعتق
معسرا لأنه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون إعتاقا بعوض ولأبي ح
أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول إليه بالضمان ومثله يمنع عن الكفارة
وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها جاز لأنه أعتقه بكلامين
والنقصان تمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن أضجع شاة
للأضحية فأصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لأن النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا
على أصل ح أما على قولهما الإعتاق لا يتجزأ فإعتاق النصف إعتاق الكل فلا يكون
إعتاقا بكلامين فإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم
أعتق باقيه لم يجز عند ح لأن الإعتاق يتجزأ عنده وشرط الإعتاق أن يكون
قبل المسيس بالنص وإعتاق النصف حصل بعده وعندهما إعتاق النصف
إعتاق الكل فحصل قبل المسيس وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين

متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق
أما التتابع فلأنه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من إبطال
ما أوجبه الله تعالى والصوم في هذه الأيام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل
فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف
الصوم عند ح وم وقال س لا يستأنف لأنه لا يمنع التتابع إذ لا يفسد به الصوم
وهو الشرط وإن كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا إليه تقديم البعض وفيما
قلتم تأخير الكل عنه ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون
خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف وإن أفطر يوما منهما
بعذر أو بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وإن ظاهر العبد
لم يجز في الكفارة إلا الصوم لأنه لا ملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال وإن أعتق المولى
أو أطعم عنه لم يجزه لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه وإذا لم يستطع المظاهر
الصيام أطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين
نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو صاعا من شعير أو قيمة ذلك لقوله عليه السلام
في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولأن
المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله أو قيمة ذلك مذهبنا
وقد ذكرناه في الزكاة فإن أعطى منا من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز لحصول
المقصود إذ الجنس متحد وإن أمر غيره أن يطعم عنه عن ظهاره ففعل أجزأه لأنه استقراض
معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه فإن غداهم وعشاهم جاز قليلا
كان ما أكلوا أو كثيرا وقال ف لا يجزئه إلا التمليك اعتبارا بالزكاة وصدقة الفطر وهذا لأن
التمليك أدفع للحاجة فلا تنوب منابه الإباحة ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام
وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الإباحة ذلك كما في التمليك أما الواجب في الزكاة
الإيتاء وفي صدقة الفطر الأداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن عشاهم
صبي فطيم لا يجزيه لأنه لا يستوفي كاملا ولا بد من الإدام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء

الشبع وفي غير الحنطة لا يشترط الادام وان اطعم مسكينا واحدا ستين يوما اجزأه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف فاما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص وان قرب التي ظاهر عنها في خلال الاطعام لم يستأنف لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه وان اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند ح وس وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزأه عنهما له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية فالمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذلك اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة فان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال ش له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعدما اعتق عنهما لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين

التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فيلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة هنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد من التعيين

باب اللعان

قال واذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقال تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا فنقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان يكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطء عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى ياتي بما هو عليه او يكذب نفسه فيرتفع السبب فلو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه

تعذر اللعان بمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين
يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عن الحد وان كان هو من اهل الشهادة وهي امة
او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او
مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهليتها للشهادة وعدم الاحصان
في جانبها وامتناع اللعان بمعنى من جهتها فيسقط كما اذا صدقته والاصل في ذلك
قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم
والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع
اللعان بمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله قال وصفته اي اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج
فيشهد اربع مرات في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا
ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير
اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين
فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين
فيما رماني به من الزنا والاصل فيه ما تلوناه من النص وروى الحسن عن ح انه يأتي بلفظة
المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه قطع للاحتمال ووجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة
الغائبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال قال فاذا التعنا لا تقع الفرقة
حتى يفرق الحاكم بينهما وقال زفر تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا
ان بثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع
ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن ان امسكتها فهي طالق
ثلاثا قاله بعد اللعان ويكون الفرقة تطليقة بائنة عند ح وم لان فعل القاضي انتسب
اليه كما في العنين وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال س هو تحريم مؤبد لقوله
عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التأبيد ولهما ان الاكذاب رجوع
والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن
ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه

بامه وصورة اللعان ان يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما
رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر في
اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامها لما روي ان النبي عليه السلام
نفى ولد امرأة هلال بن امية عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي
الولد فيوفر عليه مقصوده فيتضمنه القضاء بالتفريق وعن س ان القاضي يفرق و
يقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره فان عاد
الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها وهذا
عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك
ان قذف غيرها فحد لما بينا وكذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها
واذا قذف امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا
فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية
الشهادة وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه
خلاف الشافعي وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بالشبهات واذا قال
الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول ح وز لانه لا يتيقن بقيام الحمل عنده فلم يصر
قاذفا وقال س وم اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر وهو معنى
ما ذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا لم يكن قذفا
في الحال يصير كالمعلق بالشرط كانه قال ان كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح
تعليقه بالشرط ولو قال زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر
الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال ف ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال
وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال
قبله والحديث محمول على انه عليه السلام عرف قيام الحمل بطريق الوحي فاذا نفى الرجل
ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه
ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب وقال س وم يصح نفيه في

مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما
بمدة النفاس لانه اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس
فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه
متاع الولادة او مضى ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم
بالولادة ثم قدم يعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين قال واذا ولدت ولدين
في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما لانهما توأمان خلقا من
ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى
الثاني ثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار ايضا
بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي
ذلك التلاعن كذا هذا

باب العنين وغيره

واذا كان الزوج
عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة
ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولان الحق ثابت لها
في الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون لآفة اصلية
فلا بد من مدة معرفة لذلك فقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة
فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف
ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من
طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى
الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال ش هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا
وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن
بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان خلا بها فان خلوة العنين
صحيحة وتجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها فان كانت
ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة
في الجبلة ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها

النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان
حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ان
طلبت لانه لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لان وطئه
مرجو واذا اجل العنين سنة وقال قد جامعتها وانكرت نظر اليها النساء فان
قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة فان قلن هي ثيب
حلف الزوج فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا
في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها
بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل يعتبر السنة القمرية هو
الصحيح ويحتسب بايام الحيض وشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا
يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه واذا كان بالزوجة عيب فلا
خيار للزوج وقال ش ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق
والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا او طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام
فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب
الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق
التمكين وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها
عند ح وس وقال م لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف
جانبه لانه يتمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من
ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع
له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا

باب العدة

واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير
طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن
بانفسهن ثلاثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان
العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق

فيهما والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من
الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا يستقيم اعماله بالاشتراك والحمل على الحيض اولى
اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا او
لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله عليه السلام وعدة الامة حيضتان
فيلتحق بيانا به وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر لقوله تعالى
واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الاية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض
باخر الاية وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله
عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة
لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين واليه اشار عمر رض بقوله لو استطعت لجعلتها
حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه يتجزى فامكن
تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون
ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وعدة الامة شهران وخمسة ايام
لان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق ما تلونا من
الاية وقال عبد الله بن مسعود رض ان سورة النسا القصرى نزلت بعد التي في
سورة البقرة وقال عمر رض لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل
لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين وهذا عند ح وم
وقال س ثلث حيض ومعناه اذا كان الطلاق باينا او ثلثا اما اذا كان رجعيا فعدتها
عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث
حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح بالوفاة الا انه بقي في حق الارث لا في
حق تغير العدة بخلاف الرجعي لانه باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل
باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها
على هذا الخلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت

وقت الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث الكافر فان اعتقت الامة في عدتها
من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحراير لقيام النكاح من كل وجه وان اعتقت
وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لزوال النكاح بالبينونة
والموت وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من
عدتها وعليها ان تستانف العدة بالحيض ومعناه اذا رأت الدم على العادة
لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط
الخلفية تحقق الياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ
الفاني ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل
والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتها الحيض في الفرقة والموت لانها
للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى
ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي حيضة واحدة لانها تجب
بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبه عدة
النكاح ثم امامنا فيه عمر رض فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض ولو كانت ممن لا تحيض
فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها
ان تضع حملها وهذا عند ح وم وقال س عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول
الشافعي لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق
قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع
الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف عن براءة الرحم لشرعها
بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي
وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير
بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا
تلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم
عند الموت حكما قال ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا

يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور وإذا طلق الرجل امرأته
في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لأن العدة مقدرة بثلاث حيض
كوامل فلا تنقص عنها فإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتداخلت
العدتان ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا فإذا انقضت العدة
الأولى ولم تكمل الثانية فعليها إتمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال ش لا يتداخلان
لأن المقصود هو العبادة فإنها عبادة الكف عن التزوج والخروج فلا يتداخلان كا
الصومين في يوم واحد ولنا أن المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة
فتتداخلان ومعنى العبادة تابع ألا ترى أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف
والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض
فيها تحقيقا للتداخل بقدر الإمكان وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي
الوفاة عقيب الوفاة فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد
انقضت عدتها لأن سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من
وقت الإقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق
أو عزم الواطئ على ترك وطئها وقال زفر من آخر الوطئات لأن الوطء هو السبب
الموجب ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة
لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة
أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولأن التمكن على وجه الشبهة أقيم
مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره وإذا قالت
المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لأنها أمينة
في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا
بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة
مستقبلة وهذا عند ح س وقال م نصف المهر وعليها تمام العدة الأولى
لأن هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة وإكمال العدة

العدة الأولى إنما وجب بالطلاق الأول إلا أنه لم يظهر حال التزوج الثاني فإذا
ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى أم ولده ثم أعتقها ولهما أنها مقبوضة في
يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره وهو العدة فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة
ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي
في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها
أصلا لأن الأولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا
قال وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة
فإن تزوجت جاز إلا أن تكون حاملا وهذا كله قول أبي ح وقالا عليها وعلى الذمية
العدة أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه
في النكاح وقول أبي ح فيما إذا كان معتقدهم أنه لا عدة وأما المهاجرة فوجه قولهما أن
الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما إذا هاجر
الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح عليكم أن تنكحوهن ولأن العدة
حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك إلا
أن تكون حاملا لأن في بطنها ولدا ثابت النسب وعن أبي ح أنه يجوز ولا يطأها
كالحبلى من الزنا والأول أصح

فصل

وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا
كانت بالغة مسلمة الإحداد أما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل
لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها
أربعة أشهر وعشرا وأما المبتوتة فمذهبنا وقال ش لا حداد عليها لأنه وجب إظهارا
للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها إلى مماته وقد أوحشها بالإبانة فلا تأسف
بفوته ولنا ما روي أن النبي عليه السلام نهى المعتدة أن تختضب بالحناء الحناء طيب
ولأنه يجب إظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية
مؤنها والإبانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل الإبانة لا بعدها
والحداد ويقال الإحداد وهما لغتان أن تترك الطيب والزينة والكحل والدهن

للطيب وغير الطيب الاخر عندنا وفي الجامع الصغير الا من وجع والمعنى فيه وجهان
احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها
وهي ممنوعة من النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي
عليه السلام لم ياذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه
زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدهن
لا الزينة ولو اعتادته فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان
الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا باس به ولا تختضب
بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لانه تفوح منه
رائحة الطيب قال ولا حداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا
على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله
تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق
العبد مقدم لحاجته قال وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد
احداد لانها ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التاسف والاباحة اصل ولا ينبغي
ان تخطب المعتدة ولا باس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم
فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا
قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس رض التعريض ان يقول
اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد
ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى
عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى
لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة
نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا
نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا
كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها

عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به
حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال
وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها
هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها فطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى
منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب
اجله فان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت
لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار فصار كما اذا خافت على
متاعها او خافت سقوط المنزل او كانت فيها باجر ولا تجد ما تؤديه ثم ان
وقعت الفرقة بطلاق باين او ثلث لا بد من سترة بينهما ثم لا باس به لانه معترف
بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج
عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها فان جعلا بينهما امراة ثقة
تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليها المنزل فلتخرج والاولى خروجه قال
واذا خرجت المراة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا او مات عنها فان كان بينها
وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس بابتداء الخروج معنى
بل هو بناء وان كانت ثلثة ايام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت كان معها
ولي او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان
اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج قال
الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان
معها محرم وهذا عند ح وقالا ان كان لها محرم لا باس بان تخرج من المصر قبل ان
تعتد لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا
عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج
من عدم المحرم فان للمراة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة
ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير محرم ففي العدة اولى والله اعلم بالصواب

باب ثبوت النسب ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب
فلانها فراشه لانها جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح ثم جاءت به
لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور
ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط
في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتاكد المهر به
ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر
بانقضاء العدة لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر
فان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها لانقضاء العدة ويثبت نسبه
لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق
ويحتمل بعده ولا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت
رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء
مراجعا والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان
يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش فيثبت النسب احتياطا
وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق
فلا يكون منه لان وطيها حرام قال الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطيها
بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة
اشهر لم يلزمه حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر عند ح وم وقال س يثبت النسب
منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت
الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي الاشهر فبمضيها يحكم الشرع
بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان
كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة
وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر

لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب
فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها حكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها
زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة
الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور
لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة الا انا نقول
لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها
عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء
عدتها ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل
الاقرار وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لم نعلم بطلان الاقرار لاحتمال
الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة واذا ولدت المعتدة
ولدا لم يثبت نسبه عند ح الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامراتان
الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بغير
شهادة وقال س وم يثبت في الجميع بشهادة امراة واحدة لان الفراش قائم
بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها
كما في حال قيام النكاح ولابي ح ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي
ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما
اذا كان ظهر الحبل او صدر الاعتراف لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين
يثبت بشهادتها فان كانت معتدة عن وفاة وصدقها الورثة في الولادة
ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر
لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم واما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم
قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظة
الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم
وما يثبت بناء لا يراعى فيه الشرائط واذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لاقل من ستة

اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه
وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج او سكت لان الفراش
قائم والمدة تامة فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة
حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب
بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه قال فان ولدت ثم اختلفا
فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت منذ ستة اشهر فالقول قولها
لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف
وهو على الاختلاف وان قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على
الولادة لم تطلق عند ح وقالا تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام
شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت على
الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولابي ح انها ادعت الحنث فلا يثبت
الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لا
ينفك عنها فان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ح وعندهما
يشترط شهادة القابلة لانه لابد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه لما بينا
وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل
قولها في رد الامانة قال واكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد
لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله
وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر والشافعي رح
يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالت سماعا اذ العقل
لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة
اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق
سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته
فلا بد من دعوة وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا

كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة
غليظة فلا يضاف العلوق الى ما بعده لانها لا تحل بالشراء ومن قال لامة ان
كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي ام ولده لان
الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع ومن قال
لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امرأته فهي امرأته وهو ابنه
يرثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها ميراث
لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن
شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما
اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك
وضعا وعادة ولو لم يعلم انها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها
لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث والله اعلم

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين
فالام احق بالولد لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني
له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال عليه السلام
انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق عليه واقدر على الحضانة فكان الدفع
اليها انظر واليه اشار الصديق رض بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا
عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون
والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليها لانها عست تعجز عن الحضانة فان
لم تكن له ام فام الام اولى وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات
فان لم تكن فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن
السدس ولانها اوفر شفقة للولد فان لم تكن جدة فالاخوات اولى من العمات
والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى
من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه

على العرش لانها كانت خالته ثم تقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت
من الام ثم الاخت من الاب لان الحق من قبل الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا
لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة
الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هولاء سقط حقها لما روينا
ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال
الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذا كل زوج
هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها
بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال وان لم تكن للصبي
امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم اقربهم تعصيبا لان الولاية
للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة
غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام
حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي
الجامع الصغير حتى يستغني فياكل وحده ويشرب وحده والمعنى واحد
لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج
الى التادب والتخلق بآداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التاديب
والتثقيف والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب
والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى
معرفة اداب النساء والمراة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين
والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد
الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام والجدة احق بالجارية
حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها
ولهذا لا تواجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما
عليه شرعا قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في

حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد
لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم
ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده
ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا
انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر
وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا واما الحديث قلنا قد قال عليه السلام اللهم
اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه صلى الله عليه وسلم او يحمل على ما اذا كان
بالغا **فصل** واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس
لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج
تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه السلام من تاهل ببلدة فهو
منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا وان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد
كان التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذه رواية كتاب الطلاق
وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه
فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه
الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح فالحاصل
انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين
تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت في بيته
فلا باس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا باس به
لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفي
عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك **باب**
النفقة النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت
نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل في ذلك قوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله تعالى لينفق ذو سعة من

سعته وقوله عليه السلام في حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف
ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه
اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلايل لا فصل فيها فيستوي فيها
المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا قال رضي الله عنه وهذا اختيار الخصاف
وعليه الفتوى وتفسيره انهما ان كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين
فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات
وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى
لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة ابي سفيان خذي
من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب
بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول
بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف
الوسط وهو الواجب وبه تبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر
مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا
في نفسه قال وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه
منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فايت وان نشزت فلا نفقة
لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها فاذا عادت جاء الاحتباس فتجب
النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قايم والزوج يقدر
على الوطي كرها وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لان امتناع الاستمتاع
لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم
يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده
كما في المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض
واحد فلها المهر دون النفقة وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطي وهي
كبيرة فلها النفقة من ماله لان التسليم تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب

كالمجبوب والعنين واذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس
منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها
رجل كرها فذهب بها وعن ابي س ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت
الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت
الاحتباس منها وعن ابي س ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن تجب
عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج
تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قايم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر
دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة
والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع
وجه الاستحسان ان الاحتباس قايم فانه يستانس بها ويمسها وتحفظ البيت
والمانع بعارض فاشبه الحيض وعن ابي س انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب
النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح قالوا
هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه قال ويفرض على الزوج النفقة اذا
كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في
بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه ان
كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه قال ولا تفرض لاكثر من خادم
واحد وهذا عند ح م وقال س تفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما
لمصالح الداخل والى الاخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا
ضرورة الى الاثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا قام
الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم
المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان موسرا اشارة
الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ح وهو الاصح
خلافا لما قاله محمد لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة

نفسها ومن اعسر بنفقة امراته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال ف
يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب
والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتاخر
والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في
الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد
وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا
كان الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واذا قضى القاضي
لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف باختلاف
اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة
بتمام حقها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء
لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدار فيها
فيقضى لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على
ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك
الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى
من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة
ومضت شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة
والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال ف تصير
دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر
الديون وجوابه قد بيناه وان اسلفها نفقة السنة ثم مات لم يسترجع
منها شيء وهذا عند ح س وقال م تحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي
للزوج وهو قول ف وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما
تستحقه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره
ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء

لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شيء منها
بالاجماع وعن م انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها
لانه يسير فصار في حكم الحال واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه
يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن مولاه لانه دين وجب في ذمته لوجود
سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد
التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات
العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وان تزوج الحر امة فبوأها
مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه يتحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا
نفقة لها لعدم الاحتباس والتبوئة ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها
ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة
غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها
لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام الولد
في هذا كالامة **فصل** وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس
فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة
وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة فاذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك
غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تامن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة
مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار ذلك لانها رضيت بانتقاص حقها
وان كان له ولد من غيرها ليس له ان يسكنه معها لما بينا ولو اسكنها في
بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع
والديها وولدها من غيره واهلها الدخول فيها لان المنزل ملكه وله حق المنع
من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها اي وقت اختاروا لما فيه
من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما
يمنعهم من القرار والدوام لان الفتنة في اللباث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها عن الخروج

الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم
التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية
فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغايب وولده الصغار ووالديه وكذا
اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق
الاخذ لها لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد
مقبول في حق نفسه لا سيما هنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المراة فيه لان
المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المراة خصم في اثبات حقوق الغايب
فاذا ثبت في حقه تعدى الى الغايب وكذا اذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب
في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما او كسوة
اما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال
الغايب بالاتفاق اما عنده فلانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغايب واما عندهما
ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضي على الغايب لانه لا يعرف امتناعه
قال وياخذ منها كفيلا بها نظرا للغايب لانها ربما استوفت النفقة او طلقها
الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور
بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يوخذ منهم الكفيل عنده لان هناك
المكفول له مجهول وهنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا
للغايب قال ولا يقضي بنفقة في مال الغايب الا لهولاء ووجه الفرق ان نفقة
هولاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم ان ياخذوا فكان قضاء القاضي
اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على
الغايب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية
او لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الزوج ويامرها بالاستدانة
لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغايب وقال زفر يقضي لان فيه نظرا
لها ولا ضرر فيه على الغايب فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف

يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت
يضمن الكفيل او المراة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغايب
لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها
فصل واذا طلق الرجل امراته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان
او باينا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح
بعده قايم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطي اما البابن فوجه قوله ما روي عن فاطمة
بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله عليه السلام سكنى ولا
نفقة ولانه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها
لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن
اولات حمل فانفقوا عليهن الاية ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرناه
والاحتباس قايم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة
الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا
وحديث فاطمة رده عمر رضه فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امراة
لا ندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله عليه السلام يقول
للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت
واسامة بن زيد وجابر وعايشة رضهم قال ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها
ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الا يرى ان معنى التعرف عن
براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة
تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل فرقة جاءت
من قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت حابسة
نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في
حق المهر بالوطي وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار
البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة

كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت
نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان
الفرقة تثبت بالطلقات الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس
حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق **فصل**
ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة
احد لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب وان كان الصغير
رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة
ولانها عست لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تاويل قوله تعالى
لا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهيتها وهذا الذي ذكرنا بيان
الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر
على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع قال ويستاجر الاب من ترضعه عندها
اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر
لها وان استاجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز لان الارضاع
مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت
لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها
فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في
المبتوتة في رواية وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاول
انه باق في حق بعض الاحكام ولو استاجرها وهي منكوحته او معتدته لارضاع ابن
له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها فاستاجرها يعني لارضاع
ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية فان قال الاب لا استاجرها
وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق لانها
اشفق فكان نظرا للصبي في الدفع اليها وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها
دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود

مولود له بولده اي بالزامه اكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان
خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق
ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد
الصحيح وانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب
عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن
للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او
كبيرا **فصل** وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا
فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا
نزلت في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان الابن يعيش في نعم الله تعالى
ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الاباء والامهات ولهذا يقوم
الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة
الابوين فشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال
غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا
للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا
انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها بحق له مقصود وهو لا يتعلق باتحاد الملة واما
غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا تمتنع نفقة نفسه بكفره
فكذا لا تمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا
مستامنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين قال ولا يجب على النصراني
نفقة اخيه المسلم وكذا على العكس لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف
العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة
ومع الاتفاق في الدين اكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا
في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة
ابويه احد لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص ولا تاويل لهما في مال غيره ولانه اقرب

الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رضه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مامور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب قال ويجب ذلك على قدر الميراث ويجبر عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق قال ويجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث على هذا المقدار قال رضه هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فيشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه قال ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف وعن محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم

الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة قال واذا كان للابن الغائب مال قضي عليه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه قال واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام في النفقة ولابي حنيفة ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان ياخذ منه نفقته لانه من جنس حقه واذا كان للابن الغائب مال في يد ابويه فانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال الا ان ياذن القاضي في الاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا يسقط بمضي المدة

فصل

وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته لقوله عليه السلام

في مماليككم انهم اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم اطعموهم مما تأكلون والبسوهم
مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا
لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن
لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا تؤاجر مثلها اجبر المولى على بيعهما
لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف
بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تأخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك
لا تصير دينا فيكون ابطالا وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل
الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه
عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه
اضاعته وعن ابي يوسف انه يجبر والاصح ما قلناه

كتاب الاعتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله
بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة
الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل
في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان
الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون
ليس باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا اذا
قال المعتق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية
وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت لا يصح لانه ليس باهل لقول
ملزم ولا بد ان يكون في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ لقوله عليه السلام لا عتق
فيما لا يملكه ابن آدم واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر
او قد حررتك او اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ
صريح فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية والوضع وان
كان في الاخبار فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع

والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الاخبار الباطل او انه حر في العمل صدق ديانة
لانه يحتمله ولا يدين قضاء لانه خلاف الظاهر ولو قال يا حر يا عتيق يعتق لانه
نداء بما هو صريح فيه وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته
فيقتضي تحقيق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقتضي بثبوته تصديقا له
وسنقرره ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام
باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا
يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف وكذا
لو قال راسك حر او وجهك حر او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر لان هذه
الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان اضافه الى جزء شائع
يقع في ذلك الجزء وسيأتيك الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى وان اضافه الى جزء
معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي والكلام فيه
كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق
وان لم ينو لا يعتق لانه يحتمل انه اراد بقوله لا ملك لي عليك لاني بعتك و
يحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما مرادا الا بالنية قال وكذا كنايات
العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد
خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع
والكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة
قوله خليت سبيلك هو المروي عن ابي يوسف بخلاف قوله طلقتك على ما نبين ان شاء الله
ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لان السلطان عبارة
عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب
بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على
المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق
ومعنى المسألة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد مثله لمثله ذكر بعد هذا

ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك
ثابتة والعبد محتاج الى النسب يثبت منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب
الى وقت العلوق وان كان له نسب لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق
اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان
شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق اما الاول فلان اسم المولى
وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة
الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة
وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته
والاضافة الى العبد ينافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح
وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين
او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته
الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء
باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال
زفر لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي ويا مالكي قلنا
الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به بخلاف ما ذكره لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما
محضا ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان
بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف
المخصوص كما في قوله يا حر على ما بينا واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته
كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء
من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى
عن ح شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لم يعتق لان
الامر كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يا بني او يا بنية لانه تصغير الابن والبنت
من غير اضافة والامر كما اخبر ولو قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند

عند ح وقالا لا يعتق وهو قول ش لهم انه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك
قبل ان اخلق او قبل ان تخلق ولابي ح انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه
لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته
اما اجماعا او صلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مجاز في اللغة
تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم
من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به
لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت
يدك فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه
وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال
مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة
في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس
بسبب له اما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه ولو قال
هذا ابي او امي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير
هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب
له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا
عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة ولو
قال هذا اخي لم يعتق في ظاهر الرواية وعن ح انه يعتق ووجه الروايتين ما
بيناه ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف وقيل هو بالاجماع لان
المشار اليه ليس من جنس المسمى فيتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر
وقد حققناه في النكاح وان قال لامته انت طالق او بائن او تخمري ونوى
به العتق لم يعتق وقال ش يعتق اذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر الفاظ
الصريح والكناية على ما قاله مشايخنا له انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين
موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين

حتى كان الكتابين من شرطه والتاقيت مبطل له وعمل اللفظين في اسقاط ما هو
حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام يثبت بسبب سابق
وهو كونه مكلفا ولهذا انه يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق وكذا عكسه
ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع
القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك
المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر
القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان
اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دونه حقيقة لا عما هو فوقه فلهذا
امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه واذا قال لعبده انت مثل الحر
لا يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية
ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد كما في كلمة
الشهادة ولو قال راسك راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال راسك
راس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الراس يعبر به عن جميع البدن **فصل**
ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله عليه السلام
وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة
بالمحرمية ولادا او غيره والشافعي يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضاة
المالك ينفيه القياس ولا يقتضيه الاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع
الالحاق او الاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع
فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو
المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت
النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام
لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس
له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق

العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع ليعتق تحقيقا لمقصود العقد
وعن ابي حنيفة انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما فلنا ان نمنع وهذا بخلاف
ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي
جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه
تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى او للشيطان
او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ
الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الاخرين وعتق المكره والسكران
واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل وان
اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما الاضافة الى الملك ففيه
خلاف الشافعي وقد بيناه في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط
فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج عبد الحربي
الينا مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا اليه
مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم
ابتداء وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها ولو اعتق
الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة ولا
اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته
لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع لم يوجد بالاضافة الى
الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا ولو اعتق الحمل على مال صح
ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه
الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز
على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر
منه لانه ادنى مدة الحمل وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو
الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها

لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة
والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به وولد الحرة حر على كل حال
لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير
وامومية الولد والكتابة **باب العبد الذي يعتق بعضه** واذا
اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ح
وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما
لا يتجزى وهو قول ش فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله
لهما ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو
الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان وصار كالطلاق والعفو عن القصاص
والاستيلاد ولابي ح ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك
لان الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف
وهو ازالة حقه لا حق غيره والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي
الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجز كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل
وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده
لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه
فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة
فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز
لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة
لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة فاثبتناه في الكل
ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه
وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد واذا
كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه
بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى

استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان اعتق
او استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء
اعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك
بالخيار ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا
عند ح وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع
المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتنى على حرفين احدهما تجزي
الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده
وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عليه السلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا
ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة وله انه
احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح في ثوب انسان
فالقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان
او معسرا لما قلنا فكذا هنا الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير وهو
ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنا لان به يعتدل النظر من
الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج
على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق على العبد بما ضمن لعدم السعاية عليه في حالة
اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزي واما التخريج على قوله
فخيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق
جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق
وتوابعه والاستسعاء لما بيناه ويرجع المعتق بما ضمن لانه قام مقام الساكت
باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان
ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعى ان شاء
والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان وفي حالة
اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له

في الوجهين لأن المعتق في جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما أدى بإجماع
بيننا لأنه يسعى لفكاك رقبته ولا يقضي دينا على المعتق إذ لا شيء عليه لقرابته بخلاف
المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبته قد فكت أو يقضي دينا على
الراهن فلهذا يرجع عليه وقوله في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت
على ملكه يباع ويوهب لأنه لا وجه إلى تضمين الشريك لاعتباره ولا إلى السعاية
لأن العبد ليس بجان ولا راض به ولا إلى إعتاق الكل للإضرار بالساكت فتعين
ما عيناه قلنا إلى الاستسعاء سبيل لأنه لا يفتقر إلى الجناية بل يبتني على احتباس
المالية فلا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها
في شخص واحد قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد
لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند ح وكذا إذا كان أحدهما
موسرا والآخر معسرا لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار
مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من
استرقاقه ويستسعيه لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا لأنه
مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه
في الحالين في أحد شيئين لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر
التضمين لإنكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لأن كلا منهما
يقول عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه
لي وقال س م إن كانا موسرين فلا سعاية عليه لأن كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته
بدعوى الضمان على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى
لم يثبت لإنكار الآخر والبراءة قد ثبتت بإقراره على نفسه وإن كانا معسرين سعى
لهما لأن كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بيناه
إذ المعتق معسر وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لأنه
لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره وإنما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنه ولا

ولا يستسعى للمعسر لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون متبرئا للعبد
عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لأن كل واحد منهما يحيله على صاحبه
وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما ولو قال أحد الشريكين
إن لم يدخل هذا الدار فلان غدا فهو حر وقال الآخر إن دخل فهو حر فمضى الغد ولا
يدري أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ح وس وقال م
يسعى في جميع قيمته لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء
على المجهول فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقضي بشيء
للجهالة كذا هذا ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث
بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع
بالشيوع والتوزيع كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل
التذكر أو البيان وبناء التوزيع فيه على أن يسار المعتق يمنع السعاية أو لا يمنعها
على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لأحدهما لم يعتق واحد
منهما لأن المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع
القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول وإذا اشترى
الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب لأنه ملك شقص قريبه وشراؤه إعتاق
على ما مر ولا ضمان عليه علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم وكذا إذا ورثاه
فالشريك بالخيار إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى العبد وهذا عند
ح وقالا في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسرا وإن كان معسرا
سعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة أو صدقة
أو وصية وعلى هذا إذا اشتراه رجلان وأحدهما حلف بعتقه إن اشترى
نصفه لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق لأن شرى القريب إعتاق
فصار كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه وله أنه رضي
بإفساد نصيبه فلا يضمنه كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحا ودلالته

ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى
يخرج به عن الكفارة عندنا وهذا ضمان فساد في ظاهر قولهما حتى يختلف
باليسار والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو
ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام
وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه وان بدا الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى
الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي
بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته
عنده وهذا عند ح لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له
ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف
ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ح وقالا يضمن اذا كان موسرا معناه اذا اشترى
نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه واذا كان العبد
بين ثلثة نفر دبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان
فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته
مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ح وقالا العبد كله للذي دبره اول
مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى
كالاعتاق عند ح خلافا لهما لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان
متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما
ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على
حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسد بافساد شريكه حيث سد عليه طريق الانتفاع
به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختيار
غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له
ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب
ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى

ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه مدبر عند ذلك او حر على اختلاف
الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر ثم
المدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان
يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه
بالضمان من جهة الساكت لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه
فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث
للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما
صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكيه لما بينا فيضمنه ولا يختلف
باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان
جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر قال واذا كانت جارية بين رجلين زعم
احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوما وتخدم المنكر يوما عند
ح وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل
عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار
كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا
هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى العتاق بالسعاية
كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي ح ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها
للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن وهو النصف
ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرا عن جميع ذلك بدعوى
الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهذا الامر
لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها
احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ح وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام
الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبتني عدة من المسائل
اوردناها في كفاية المنتهى وجه قولهما انه منتفع بها وطئا واجارة واستخداما

وهذا هو لان التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ترى
ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذا اية التقوم غير ان قيمتها
ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المكاتب
لان الفايت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام باقيان ولابي حنيفة ان التقوم
بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا يسعى
لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو الحرية الثابتة
بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع
فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه
لتحقيق مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني قضينا بمكاتبتها عليه دفعا للضرر
من الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم والله تعالى اعلم بالصواب

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلاثة اعبد دخل عليه
اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين
عتق من الذي اعيد عليه القول ثلاثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد كذلك الا في العبد الآخر فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب
الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما
لاستوائهما فيصيب كل واحد منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني
ربعا آخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت
استحق نصف الحرية بالايجاب الاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له ربع
فتمت له ثلاثة الارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل
لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول
واما الداخل فمحمد يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب
الثابت منه الربع فكذا يصيب الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته
التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول

الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف قال فان
كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان يجمع بين سهام
العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلاثة
الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة اسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما
سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها
الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة
وجميع المال احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة فيسعى في اربعة ومن
الباقيين من كل واحد سهمان ويسعى في خمسة فاذا تاملت وجمعت استقام
الثلث والثلثان وعند محمد يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده
سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج
ما مر ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط
من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا
قول محمد خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق
وتمام تفريعاتها في الزيادات ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات
او قال له انت حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت
وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه
بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان
ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احداهما
للمعنى ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق
وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض
على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف والهبة والتسليم والصدقة والتسليم
بمنزلة البيع لانه تمليك وكذا لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما
لما قلنا وكذا لو وطئ احداهما لما بينا ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع

احدهما لم يعتق الاخرى عنده وقالا تعتق لان الوطء لا يحل الا في الملك و
واحدهما حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى
لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في
المنكرة وهي معينة فكان وطيها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطيهما على
مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه بالتعيين او يقال
نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تعلق بالمعين والوطء يصادف المعينة بخلاف الطلاق
لان المقصود الاصلي من النكاح الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في
الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطيها قضاء الشهوة دون
الولد فلا يدل على الاستيفاء ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما
فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما ولد اولا عتق نصف الام
ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحد منهما تعتق في حال وهو ما اذا
ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين
ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف
كل واحدة وتسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا
وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول
قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحدة منهما وان
نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا
محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة لم تدع شيئا
والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة لان دعوى الام غير معتبرة في حق
الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم تظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية
الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول
المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم لما ذكرنا انه استحلاف على فعل الغير وهذا
القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى قال واذا شهد رجلان على رجل انه

اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رح الا ان تكون في وصية استحسانا
ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج
على ان يطلق احديهن وهذا بالاجماع وقالا تقبل الشهادة في العتق مثل
ذلك واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند
ابي حنيفة رح وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى
بالاتفاق والمسئلة معروفة فاذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا يتحقق في مسئلة
الكتاب لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط
فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا
في الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند
ابي حنيفة رح وان لم تكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج
فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة
على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا
شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او في مرضه
واداء الشهادة في مرضه او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيث
ما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي
وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث ولان العتق يشيع بالموت فيهما
فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما
حر وقيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع **باب الحلف
بالعتق** ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك
فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الدار الا انه
اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا
لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا ولو لم يكن قال
في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في حال الد

انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت
الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر
وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا
ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود اقل مدة الحمل
بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق
والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول
الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال رضي الله عنه وفائدة
التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا ولو
قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى
آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لان قوله املكه للحال حقيقة يقال
انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وفي الاستقبال بقرينة
سين او سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى
ما بعد الغد فلا يتناول ما اشتراه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك
لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذي كان عنده مدبر والآخر ليس بمدبر
وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف
ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر له ان
كان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا
دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا
تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الا يرى انه يدخل في الوصية بالمال من يستفيده
بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح مضافا
الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة
الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا
للحالة المترقبة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل

يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو
حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس
فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال
والاستقبال لانا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما
لا يجوز ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل

ومن
اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم
او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك
نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع فاذا
قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت
مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد
والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح
والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم
الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة قال ولو علق عتقه باداء المال صح
وصار مأذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الفا فانت حر ومعنى قوله
صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء
وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا
لانه رغبه في الاكتساب بطلب الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا
له دلالة وان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي
سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر لا يجبر على القبول وهو القياس لانه
تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد
ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود
الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى
اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع

عال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان
عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا
باللفظ دفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه
ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء
دفعا للغرر عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل
نظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم
الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع
المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لانه مأذون
من جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي قوله
اذا اديت لا يقتصر على المجلس لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده
انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت
فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم
حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام
الرق قالوا لا يعتق في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان
الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين
فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ح و س وقال
م العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار
كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية اخرى وهي
ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على
العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء انه
كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت
العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لاخر اعتق امتك على الف درهم على
ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الامر لان من قال

قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن
المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب
الالف على الامر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز
وقد ذكرناه من قبل ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة بحالها
قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الامر وما اصاب
المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك
فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة
ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم له وهو البضع فلو زوجت نفسها منه
لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه
الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين والله اعلم بالصواب

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او انت
حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ
صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه
عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال ش يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا
يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير
وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام لا يباع المدبر ولا يوهب
ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا
سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان
ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تاخير السببية الى زمان بطلان
الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لان اليمين
واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاده وتوقف في الطلاق والعتاق فامكن
تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية
والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه

ذلك قال وللمولى ان يستخدمه ويواجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره سعى في ثلثيه وان كان على المولى دين سعى في جميع قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضه وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه يثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

باب الاستيلاد

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عليه السلام اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لا يعتق الزوج الذي ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزأ فانه فرع النسب فيعتبر باصله قال وله وطئها واستخدامها

واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطئ وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطئ الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطئ بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه منه بغير اقرار ومعناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتاكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم في الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن ابي حنيفة وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف ومحمد ذكرناهما في كفاية المنتهى فان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا يرى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي

بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقالا رح تعتق في الحال والسعاية دين
عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها لان
ازالة الذل عنها بعدما اسلمت واجب وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين
الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها
حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل
ملكه اما لو عتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة
فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما
في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت
بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت في حيوته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة
لقيام الموجب ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال ش رح لا تصير
ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقها ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله
فيه قولان وهو ولد المغرور له انها علقت برقيق فلا يكون ام ولد له كما اذا علقت من
الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام
في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية
انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فيثبت
الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني
اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب
اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد
فادعاه ثبت نسبه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة
ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن
قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد وان وطئ ابو الاب
مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب ولو كان الاب
ميتا يثبت النسب من الجد كما يثبت من الاب لظهور الولاية عند فقد الاب وكفر الاب

الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت
بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه
ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لان سببه لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد
لا يتعلق من ماءين فصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعنده
يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف
قيمتها لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف
عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك
في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا
للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب
يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك وان ادعاه
معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال ش رح يرجع الى قول القائف
لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين متعذر
فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله عليه السلام بقول القائف في اسامة بن
زيد رض ولنا كتاب عمر رض الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا
لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رض
وعن علي رض مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه
والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية فما يقبل التجزية يثبت
في حقهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره
الا اذا كان احد الشريكين اب الاخر او كان احدهما والاخر ذميا لوجود المرجح في حق
المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبي
عليه السلام فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رض وكان
قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به قال وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة
كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها

وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الاخر ويرث الابن من كل واحد
منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث
اب واحد لاستوائهما في النسب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبه
فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف
انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو
الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه
ولا معتبر بتصديق الابن قال وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من
الحق كاف لصحة الاستيلاد لما ذكرنا قال وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث
اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب
منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور فان
كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت
نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع والله اعلم بالصواب

كتاب الايمان

الايمان على ثلثة اضرب يمين الغموس
ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه
اليمين ياثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار
ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي رحمه الله فيها الكفارة لانها شرعت لرفع
ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة
ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية
فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متاخر متعلق
باختيار مبتدا وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة ان يحلف على
امر مستقبل ان يفعله او لا يفعله فاذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى
ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر
ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله

ذكر الايمان عقيب العتاق لمناسبتهما في عدم تاثير الهزل والاكراه فيهما ع

بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو
عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم الاية الا انه علقه
بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى
تجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق
واليمين والشافعي يخالفنا في ذلك وسنبين ذلك في الاكراه ان شاء الله
تعالى ومن فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم
بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط
حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا
على حقيقة الذنب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال اليمين بالله او باسم اخر من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة
من صفات ذاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف
بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفا
ته فصلح ذكره حاملا ومانعا قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه
غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك
قال ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير
متعارف لان الرحمة قد يراد بها اثرها وهو المطر او الجنة والغضب والسخط يراد
بهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي عليه السلام والكعبة لقوله عليه السلام
من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقران لانه غير
متعارف قال معناه ان يقول والنبي والقران اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا
لان التبري منهما كفر قال والحلف بحرف القسم وحروف القسم الواو كقوله
والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود في الايمان
ومذكور في القران وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان
حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف الخافض وقيل

قوله الا انه علقه جواب سوال مقدر وهو ان كيف علق عدم المؤاخذة بالرجاء وعدم المؤاخذة مقطوع بالنص الا انه قال الله لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم فاجاب نعم لكن للاختلاف في تفسير اللغو فاورث الظن فلهذا لم يقطع عنه

لدلالة تحرير الكلام

اللهم اغفر علمك فينا

قد يذكر ويراد

في الايمان

فيختص فتكون الكسرة دلالة على المحذوفة وكذا اذا قال الله لان الباء تبدل
بها قال الله تعالى امنتم به وامنتم له وقال ابو ح واذا قال وحق الله فليس
بحالف وهو قولهم واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه رواية اخرى انه يكون
يمينا لان الحق من صفات الله وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق
والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه
فيكون حالفا بغير الله قالوا ولو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا
لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم
بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان هذه الالفاظ
مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة
فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله
ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور
فيصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين
بغير الله ولو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداى يكون يمينا لانه للحال ولو
قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم لا يكون
يمينا لعدم التعارف قال وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله بقاء الله
وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو
والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد
يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا اذا قال
علي نذر او نذر الله لقوله عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين
وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا لانه لما جعل
الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره
بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا
يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي

لان الحق من اسماء الله تعالى ولذا ذكره في عداد اسماء الله الحسنى فصح الحلف به قال تعالى فذلكم الله ربكم فماذا بعد الحق الا الضلال وقال تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم وقال تعالى ويعلمون ان الله هو الحق المبين عن

يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده
انه يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل ولو قال ان فعلت كذا
فعليه غضب الله او سخطه فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك
بالشرط ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق
او شارب خمر او آكل ربوا لان حرمة هذه الاشياء يحتمل النسخ والتبديل
فلم يكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف **فصل في الكفارة**

قال كفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في الظهار وان شاء كسا
عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان
شاء اطعم عشرة كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته
اطعام عشرة مساكين الاية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء
الثلثة قال فان لم يقدر على احد هذه الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات
وقال ش يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلثة ايام متتابعات
وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان ادنى الكسوة مروي عن محمد وعن ابي
ح وابي س ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه
يسمى عريانا في العرف لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار
القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال ش يجزيه بالمال لانه
اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية
ولا جناية واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا
يسترد من المسكين لوقوعه صدقة قال ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي
او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا فينبغي ان يحنث ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام
من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه
ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده
واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس

انه يكفر بالحلف

هذا فصل في بيان الكفارة ولما فرغ من بيان الموجب بكسر الجيم وهو الحنث شرع في بيان الموجب بالفتح وهو الكفارة لانها موجبة عند الحنث فان اليمين سبب للكفارة بطريق الانقلاب عنه

فيه صح ... التكفير

فان صامها متفرقة لم يجزه

قال الكافي في المبسوط وقال الانزاري في مختصر القدوري واراد بالمذكور قوله في اول الفصل وادناه ما تجوز فيه الصلوة

يعني اذا دفع ازارا مثلا ينوب عن الطعام لا عن الكسوة اذا نوى او لم ينو عند ابي ح وم وعند زفر نوى او لم ينو لم يقع عن الطعام وعند ابي يوسف ان نوى يقع عن الطعام وان لم ينو عن الطعام يقع عن الكسوة بقدر ذلك الدراري فوائد

باهل اليمين لانها تنعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل
الكفارة لانها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان
استباحه كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا
ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد
امكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما
حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان
التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه ولو قال كل حلال علي حرام فهو على الطعام والشراب
الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو
التنفس ونحوه وهذا قول زفر وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يتحصل
مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه
يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم
واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن الماكول والمشروب وهذا كله جواب
ظاهر الرواية ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى
وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف واختلفوا في قوله هرجه بدست راست
كيرم بروى حرام انه هل يشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف
قال ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء به لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه
الوفاء بما سمى وان علق النذر بالشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر
لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن محمد انه رجع عنه وقال
اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك
كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان
لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي
الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام
معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء

ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال
ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع
في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

قال ومن حلف لا
يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت
ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب
الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق
الباب كان داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث
لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا
اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب يجري على
الاطلاق وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا
يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم
للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب
بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ولو حلف
لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد
الانهدام فان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لانها لم
تبق دارا لاعتراض اسم اخر عليها وكذا اذا دخلها بعد انهدام الحمام واشباهه
لانه لا يعود اسم الدار به ولو حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار
صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف
يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بني بيتا اخر فدخله لان
الاسم لم يبق بعد الانهدام قال ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها
حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى
السطح وقيل في عرفنا لا يحنث قال وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان
يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق

لاعتراض

الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار قال ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته او حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منها زمان تحقيقه فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافعال لها دوام بحدوث امثالها الا ترى انها تضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه قال ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كانت اليمين على مصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي س لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو ح رح لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال س يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال م يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا والله اعلم

وهو فيها

لانه نقل الامتعة ضد الاستقرار في ذلك المكان فاشتغاله به يمنعه من ان يكون ساكنا فيها

باب اليمين في الخروج والركوب والاتيان وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فأمر انسانا فحمله واخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم الى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال قال ولو حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حيوته لان البر قبل ذلك مرجو ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه فلم يأته حنث فان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلة وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه ويصح نية الاول ديانة لانه حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر قال ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين بها كما اذا قال حتى آذن لك ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك اذا اراد رجل ضرب عبده فقال آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة

والمراد من الاخراج مكرها هنا ان يحمله ويخرجه كارها لذلك لا الاكراه المعروف وهو ان يتوعده حتى يفعل فانه اذا توعده فخرج بنفسه حنث لما علم ان الاكراه لا يعدم الفعل عندنا ونظيره ما لو حلف لا يأكل هذا الطعام فأكره عليه حتى اكله حنث ولو اوجر في حلقه لا يحنث

رحمه الله باظهارها ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان
عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فرجع الى
منزله وتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف
الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب
فيجعل مبتديا ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون
او غير مديون لم يحنث عند ح لانه اذا كان عليه دين مستغرق لم يحنث
وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه
دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا
شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال الحديث فتختل الاضافة الى المولى
فلا بد من النية وقال س في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة
وقال م يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد
عندهما **باب اليمين في الاكل والشرب** قال ومن حلف لا
يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى
ما يخرج منه لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة
حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل من هذا البسر
فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب او من هذا اللبن
فصار تمرا او صار اللبن شيرازا لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين
وكذا كونه لبنا فتتقيد به ولانه مأكول فلا تنصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا
حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا لان هجران
المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي في الشرع ولو حلف لا يأكل هذا
الحمل فاكل بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية
الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش قال ومن حلف لا يأكل
بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا او بسرا

او بسرا او حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فاكل بسرا مذنبا حنث عند ح وقالا
لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب
يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله ان
الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله
آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف
الجملة فيتبع القليل فيه الكثير قال ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة
بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كان
اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادف شيئا فشيئا فكان كل واحد منهما
مقصودا فصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا يأكله فاشترى حنطة
فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا قال ولو حلف
لا يأكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القرآن
وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشأه من الدم ولا دم فيه
لسكونه الماء وان اكل لحم خنزير او لحم انسان حنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام
واليمين قد تعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة
فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد
لحما قال ولو حلف لا يأكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ح
وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب
بالنار وله انه لحم حقيقة لانه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم ويحصل به
قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في الثمن على بيع
الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو
حلف لا يشتري او لا يأكل لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع
ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ولو حلف لا يأكل من هذه الحنطة لا يحنث
حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث وهذا عند ح وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا

لانه مفهوم منه عرفا ولابي ح ان له حقيقة مستعملة فانها تُغلى وتُقلى وتؤكل
قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث
عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة
بقوله في الخبز ايضا حنث قال ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث
لان عينه غير ماكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح
لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا ياكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا
وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو اكل من خبز
القطايف لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان لا يسمى خبزا مطلقا الا
اذا نواه لانه محتمله وكذا لو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم
حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث ولو حلف لا ياكل الشواء
فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا
ان ينوي ما يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة وان حلف لا ياكل الطبيخ
فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر
فينصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك
لان فيه تشديدا عليه وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى
طبيخا قال وان حلف لا ياكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في
المصر ويقال يكبس وفي الجامع الصغير لو حلف لا ياكل رأسا فهو على رؤس البقر
والغنم عند ح وقالا على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في
زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو
المذكور في المختصر وان حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رطبا او رمانا او قثاء
او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي
ح وقالا في العنب والرطب والرمان يحنث ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه
به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء

سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى
موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما
من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان
معنى التفكه موجود فيها فان اعز الفواكه والتنعم بها فوق التنعم بغيرها وابو
حنيفة يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب قصورا
في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من
الاقوات قال ولو حلف لا ياتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام والشوي ليس بادام
والملح ادام وهذا عند ح وس وقال م ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو
رواية عن س لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة فكل ما يؤكل مع الخبز فهو موافق
له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة
ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج
ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده
عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده الا ان
ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح قال وان حلف
لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل
لان ما بعد الزوال يسمى عشيا ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتي العشاء في الحديث والسحور
من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء
والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم ويشترط
ان يكون اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر
وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء وغيره لان النية انما تصح في
الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير ملفوظ تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية
التخصيص فيه ولو قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين
في القضاء خاصة لانه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف

الظاهر فلا يدين في القضاء قال ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء
لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ح وقالا اذا شرب باناء يحنث لانه المتعارف
المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا
يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا وان حلف لا يشرب
من ماء دجلة فشرب منها باناء يحنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط
فصار كما اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا
الكوز اليوم فامراته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث وان كان فيه ماء فاهريق قبل
الليل لم يحنث عندهما وقال س يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف
اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما
خلافا لابي يوسف لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه امكن
القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور
الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة وان كانت اليمين
مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند س يحنث في الحال وفي الوجه الثاني
يحنث في قولهم جميعا فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التوقيت
للتوسعة فلا يجب الفعل الا في اخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ
وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ
فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق
اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم
التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة قال
ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث
عقيبها وقال زفر لا ينعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد
ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا يرى ان
الملائكة يصعدون وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا

متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا
مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحياة بخلاف مسئلة الكوز لان
شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلا ينعقد والله اعلم

باب اليمين في الكلام

قال ومن حلف
لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل
الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم
لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا لانه اذا
لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف لا يكلمه
الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان
الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال
س لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضا قلنا الرضا
من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر قال وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من
حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتابد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي
الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا
لانه لو لم يذكر الشهر لا تتابد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر
فالتعيين اليه قال ومن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لم يحنث وان
قرأ في غير صلوته حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس
يحنث فيهما وهو قول ف لانه كلام حقيقة ولنا ان القراءة في الصلوة
ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها
شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى
متكلما بل قارئا ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا فامراته طالق فهو على الليل
والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى
ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد فان عنى النهار خاصة دين في القضاء

لانه مستعمل فيه ايضا وعن س انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف ولو قال
ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض
خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم
فلان او قال حتى يقدم فلان او الا ان ياذن فلان او حتى ياذن فلان فامراته طالق
فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه
غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء
اليمين وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي س لان الممنوع عنه كلام ينتهي
بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده
التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين وان حلف لا يكلم عبد
فلان ولم ينو عبدا بعينه او امراة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت
منه امراته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل
مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه
هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عدم الحنث في المراة والصديق
قال م في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المراة والصديق مقصودان
بالهجران فلا يشترط دوامها فتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة وجه ما ذكر هنا
وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه
فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال
عبد فلان هذا او امراة فلان بعينها او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث
في المراة والصديق وهذا قول ح و س وقال م يحنث في العبد ايضا وهو قول
زفر وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على الخلاف وجه قول
م وزفر ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة
فاعتبرت ولغت الاضافة وصار كالمراة والصديق ولهما ان الداعي الى
اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا

وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك
بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمراة لانه يعادى
لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم
التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه
ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى
لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه
وقد صار شيخا حنث في يمينه لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر
لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل

فصل

ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان
فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة
قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى
تؤتي اكلها كل حين باذن ربها وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان
اليسير لا يقصد بالمنع لوجوده فيه عادة والمؤبد لا يقصد غالبا لانه
بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتأبد فتعين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال
الحين يقال ما رايتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم يكن له نية اما
اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه حقيقة كلامه وكذا الدهر عند س و م وقال
ح الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف
واللام يراد به الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال
ما رايتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى وابو حنيفة توقف في تقديره لان اللغات
لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال ولو حلف لا
يكلمه اياما فهو على ثلاثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو
الثلاث ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ح وقالا على ايام الاسبوع
ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان

اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانها يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف
الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين
وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده ان خدمتني
اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عنده عشرة لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام
وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كانت اليمين بالفارسية ينصرف
الى سبعة ايام لانه يذكر فيه بلفظ الفرد دون الجمع

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت
ولدا ميتا طلقت وكذا اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود
مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي
به العدة والدم بعده نفاس والامة ام ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال
اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده عنده
وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل
اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء وله ان مطلق اسم الولد
مقيد بوصف الحياة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع
تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحياة كما اذا قال اذا ولدت ولدا
حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا واذا قال اول عبد اشتريه
فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فان اشترى عبدين
معا ثم اخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث
فانعدمت الاولية فان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث
لانه اريد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق في
هذا الوصف فان قال اخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق
لان الآخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم
عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية فيعتق يوم

اشتراه عنده حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث
لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط
متحققا عند الموت فيقتصر عليه وله ان الموت معرف فاما الاتصاف بالآخرية
فمن وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به وفائدته
تظهر في حرمان الارث وعدمه ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر
فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه
ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا
عتقوا لانها تحققت من الكل ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي
به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء
فشرط وان اشترى اباه ينوي به كفارة يمينه اجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي
لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك
والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شرى القريب اعتاق لقوله عليه السلام
لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل الشراء نفسه
اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فارواه ولو اشترى ام ولده
لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك
فانت حرة عن كفارة يميني فاشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة
لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف
ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها
لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية
ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين
انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط
فيتناول كل جارية على الانفراد ولو اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر
فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فصار ذكره ذكر الملك فصار كما اذا قال

لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر حتى يصير الشرط مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا
ضرورة صحة الشرط وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية
وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك
فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها واحدة لم يطلق ثلثا فهذه نظير
مسئلتنا ومن قال كل مملوك لي حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده
لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا
يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابهم
ولا يحل له وطي المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من
النية ومن قال لنسوة له هذه طالق وهذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار
في الاوليين لان او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين المذكورين الاوليين
ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار
كما اذا قال احديكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا
عتق الاخير وله الخيار في الاوليين

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر فوكل من فعل ذلك
لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان
العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر
وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون
الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده ومن
حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا سفير
ومعبر وهذا لانه لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر
لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنبين
المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته
فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته

شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا
حقوق له ترجع الى المأمور ولو قال عنيت ان لا الي ذلك بنفسي دين في القضاء
بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلم بكلام يفضي الى
وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم
به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح فعل
حسي يعرف باثره والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه
فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا
فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التادب
والتثقف فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعة الائتمار
عائدة الى الآمر بامره فيضاف الفعل اليه ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب
فامراته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث
لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره
اذ البيع يجري فيه النيابة ولم توجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث
اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف
اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا
له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما يجري فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب
الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ولو قال هذا العبد حر ان
بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل
الجزاء وكذا لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار عتق ايضا
لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك فيه قائم وهذا على اصلهما ظاهر وكذلك
على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك
سابقا عليه كذا هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامراته طالق
فاعتق او دبر طلقت لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع

واذا قالت امرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلثا هذه التي
حلفته في القضاء وعن س انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان
غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد
على حرف الجواب فيجعل مبتديا وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه
فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا
قضاء لانه تخصيص العام **باب اليمين في الحج والصلوة والصوم**
ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة فعليه حجة او
عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس
بقربة مقصودة ولا واجبة في الاصل ومذهبنا ماثور عن علي رضي الله عنه ولان
الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت
ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو
قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله فلا شيء عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا
اللفظ غير متعارف ولو قال علي المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا
عند ح وقالا في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على
الخلاف لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف
الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف
ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا ومن قال عبدي حر ان لم
احج العام فقال حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق وهذا
عند ح وس وقال م يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية
ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود
منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج
غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ومن
حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ

الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب ولو حلف لا يصوم صوما او يوما
فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه
الى اخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم
يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع
في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يات بجميعها
لا تسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني
ولو حلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة
شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء **باب اليمين**
في لبس الثياب والحلي وغير ذلك ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي
فاشترى قطنا فغزلته فنسجت فلبسه فهو هدي عند ح وقالا ليس
عليه ان يهدي حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه
اسم لما يهدى اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد
لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن
الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن
مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا ومن حلف لا يلبس حليا
فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله
للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل
استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ح وقالا يحنث لانه
حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان
على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد
معتاد ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه يتبع للفراش
فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراش اخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون
تبعا له فقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط

او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض
لباسه لانه تبع له ولا يعتبر حايلا ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه
بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك
بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه **باب اليمين**
في الضرب والقتل وغيره ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحيوة
لان الضرب اسم لفعل مولم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن
يعذب في القبر يوضع فيه الحيوة في قول العامة وكذا الكسوة لانه يراد به التمليك
عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو في الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر
وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس وكذا الكلام والدخول لان المقصود من الكلام
الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت ليزار قبره لا هو
ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات حنث لان الغسل هو الاسالة
ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها
او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مولم وقد تحقق الايلام بهذا الفعل وقيل لا
يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا
فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله
تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم حنث للعجز العادي وان لم يعلم لا يحنث
لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه فلا يتصور فيصير كمسئلة الكوز على
الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم وهو الصحيح **باب اليمين**
في تقاضي الدراهم ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو على ما دون الشهر وان قال
الى بعيد فهو اكثر من الشهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا
يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه
ثم وجد فلان بعضها زيوفا او مستحقة او نبهرجة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب
لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا

يرتفع برده القبض فيتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من
جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم وان باعه بها عبدا وقبضه
بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط
القبض ليتقرر به وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله
والهبة اسقاط من صاحب الدين ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم
فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقا لان الشرط قبض الكل لكن بوصف
التفرق الا ترى انه اضاف القبض الى دين معرف مضافا اليه فينصرف الى كله
فلا يحنث الا به فان قبض دينه في وزنتين ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن
لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير
هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم
يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان
استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها وكذلك اذا قال غير مائة او سوى
مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء **مسائل متفرقة** واذا حلف لا يفعل كذا تركه
ابدا لانه نفي الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان حلف ليفعلن
كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام
الاثبات فيبر باي فعل فعله وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته او بفوت
محل الفعل واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهو على حال
ولايته لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدة بعد
زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف ان يهب
عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله
ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود
اظهار السماحة وذلك يتم به اما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين ومن
حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لم يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما

سان ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا بالعرف ولهذا
يسمى بايعه بايع البنفسج والمشتري يشتري عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق وان
حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج
قاضي عليه **كتاب الحدود** الحد لغة هو المنع ومنه الحداد
للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لما
انه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر
به العباد والطهارة ليست باصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال الزنا يثبت
بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان
الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي
متعذر فيكتفى بالظاهر قال فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل وامراة
بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء
وقال عليه السلام للذي قذف امراته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك
ولان في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده واذا
شهدوا يسالهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى لان
النبي عليه السلام استفسر ماعزا رضي الله عنه عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في
ذلك لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او
كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطي جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا
للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة وسال القاضي
عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء
قال عليه السلام ادرءوا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة وتعديل السر
والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله قال في الاصل يحبسه حتى يسال عن الشهود
للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة بخلاف الديون
حيث لا يحبس فيه قبل ظهور العدالة وسياتيك الفرق ان شاء الله قال والاقرار ان يقر

يقر البالغ العاقل على نفسه اربع مرات بالزنا في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما
اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر وهو
غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند ش يكتفى بالاقرار مرة واحدة
اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف
زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رضي الله عنه فانه عليه السلام اخر الاقامة
الى ان يتم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب
ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا
لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات
فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون
مجلس القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء
فيقر هو المروي عن ابي حنيفة لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة
قال فاذا تم اقراره اربع مرات ساله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى
فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة
ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة
دون الاقرار وقيل لو ساله جاز لجواز انه زنى في صباه فان رجع المقر عن اقراره
قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال ش وهو قول ابن ابي
ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب
بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق
كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد كالقصاص
وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع ويستحب للامام
ان يلقن المقر الرجوع ويقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز رضي الله عنه
لعلك مسستها او قبلتها قال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها
او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى **فصل** في كيفية الحد

واقامه واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه السلام
رجم ماعزا وقد احصن وقال ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه
ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء
ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء وقال ف لا يشترط
بدايته اعتبارا بالجلد ولنا ان كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير
مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه
دلالة الرجوع وكذلك اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط وان كان
مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه
وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن
ويصلى عليه لقوله عليه السلام في ماعز اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل
بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعد
ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني
فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره
معمولا به قال ويأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضي الله عنه
لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك
وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان
عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه
وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه ويفرق
الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف قال
الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير
ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن
فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا وقال س يضرب الرأس
ايضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رضي الله عنه اضربوا الرأس فان فيه

فيه شيطانا قلنا تأويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد في حربي كان من
دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول
علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة
الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض
ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان
يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا جلده خمسين
لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منقص
النعمة منقص للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ
والرجل والمرأة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لا تنزع عنها ثيابها
الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول
الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا
ولانه استر لها وان حفر لها في الرجم جاز لانه عليه السلام حفر للغامدية الى
ثندوتها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لان النبي عليه السلام
لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما
روينا ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام ما حفر لماعز رضي الله عنه ولان مبنى الاقامة على
التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا
باذن الامام وقال ف له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه
يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة
وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصود منها اخلاء العالم عن الفساد
ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب الشرع وهو الامام او نائبه
بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه واحصان الرجم
ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها
وهما على صفة الاحصان والعقل والبلوغ شرط الاهلية للعقوبة اذ لا خطاب دونهما

وما وراءهما فشرط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ
عند تكثرها وهذه الاشياء من جلايل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها
فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي
متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال والاصابة فيه
شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل
مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ والشافعي يخالفنا في اشتراط
الاسلام وكذا ابو يوسف في رواية لهما ما روي ان النبي عليه السلام رجم يهوديين
قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من اشرك
بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط
صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة
او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي
حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك لا تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة
وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا
ائتلاف مع الاختلاف في الدين وابو يوسف يخالفهما في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه
وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة
العبد قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم لانه عليه السلام لم يجمع ولان الجلد
يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها
وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما
حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا
بقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة جعل الجلد
كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب
الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها
مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه كفى بالنفي

بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد
مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قال الا ان يرى الامام في
ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض
الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم
واذا زنى المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض
وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام
القطع عند شدة الحر والبرد واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا
يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة وان كان حدها الجلد فحتى تتعالى من
نفاسها اي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء
بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة انه يؤخر الى ان يستغني
ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التاخير صيانة الولد عن الضياع
وقد روي انه عليه السلام قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك
ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار
لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس **باب** الوطي الذي
يوجب والذي لا يوجبه قال الوطي الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع
واللسان وطي الرجل المراة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة
على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرؤا الحدود
بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل
وتسمى حكمية فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل
دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة
في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لاطلاق
الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه
لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه

ولم يتحقق في الثاني فالشبهة في الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه
وزوجته والمطلقة ثلثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة
وام ولد اذا اعتقها المولى وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة
في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود وهو الاصح ففي هذه المواضع لا يحد اذا قال
ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في
ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق
البائع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره
والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يحد وان قال
علمت انها علي حرام ثم الشبهة عند ح تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه
وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم ما يأتيك
ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا قال ومن طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في العدة وقال
علمت انها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد
وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف
لا اختلاف ولو قال ظننت انها تحل لي لم يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك
قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها
مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام
بعض الاثار في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها
ثم وطئها في العدة ولو قال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رضوان الله
عليهم فيه فمن مذهب عمر رضي الله عنه انها تطليقة رجعية وكذلك الجواب في سائر الكنايات
وكذلك اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد
ولده وان قال علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل
وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك والابوة قائمة في حق الجد قال ويثبت
النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه واذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته

او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها
علي حرام حد وكذلك العبد اذا وطئ جارية مولاه لان بين هؤلاء انبساطا الا
انه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم يدع
في الظاهر لان الفعل واحد ومن وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي لانه لا
انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا قال ومن
زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى
بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه
اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه
الا في رواية عن س لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها
فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا
لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذلك اذا كان اعمى لانه
يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها
لان الاخبار دليل ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها فلا حد عليه عند ح
ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو س ومحمد وف عليه الحد اذا كان
عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان
محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولابي ح ان العقد صادف
محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو
المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث
الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد
مقدر فيعزر ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج عزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن
اتى امرأة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ح ويعزر وزاد في الجامع
الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي وقال في قول
يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل

ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض
حراما لقصد سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الاحراق بالنار
وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى
الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام
الداعي من احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة او
على المستحل الا انه يعزر عنده لما بينا ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى
الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية
السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروى انه
تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب
او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي يحد لانه التزم باسلامه احكامه
اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود
هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعد
ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه
كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر
والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة واذا دخل حربي دارنا بامان فزنا بذمية
او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عنده ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد
في الذمي يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عنده وهو قول
ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف يحدون كلهم وهذا قوله الاخر لابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا
مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف
ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة
كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل
المسلم ولا الذمي به فانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق
العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم

حقوقهم اما حد الزنا حق الشرع ولمحمد وهو الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل
والمراة تابعة على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه
في حق التبع اما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنا
البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة ان فعل
المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع
على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما
لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنا المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده
وعند محمد لا تحد واذا زنى الصبي او المجنون بامراة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها
وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف وان زنى الصحيح بمجنونة
او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها
لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مواخذ
بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا
وزانيا والمراة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول
باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها
بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل
الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد قال ومن اكرهه السلطان حتى زنا فلا حد عليه
وكان ابو حنيفة رحمه الله اولا يقول عليه الحد وهو قول زفر لان الانتشار دلالة الطواعية
ثم رجع وقال لا حد عليه لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فاورث
شبهة قال وان اكرهه غير السلطان حد عنده وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما قد
يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره وله ان من غيره لا يدوم
الا نادرا لتمكنه من الاستغاثة بالسلطان او بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه
بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستغاثة
بغيره ولا الخروج عليه بالسلاح ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة

وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك
لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط
الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة
معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن ابي يوسف انه
لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنا
بها وهو على هذا الخلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما
اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم
ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها
استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف
ما اذا زنا بها فاذهب عينها حيث تجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هناك
يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورثت شبهة قال وكل شيء صنعه الامام الذي
ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله
تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد
لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال
منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله
تعالى **باب الشهادة** على الزنا والرجوع عنها قال واذا شهد
الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا
في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب
خمر او بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حقا
لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي
هو احدى الحجتين ولنا ان الشاهد مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر
فالتاخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته
او لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التاخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع

بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة
خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد
القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار
والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تاخيرهم على انعدام
الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد
لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما اشترط للمال ولان الحكم يدار على كون
الحد حق الله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرار
على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما ولان
التهمة تتحقق في الدعوى لانه مخير بين الستر بدعوى مطلق الاخذ وبين الحسبة
بدعوى السرقة اقامة للحد فالتاخير للستر ثم الدعوى يكون لضغينة فيتهم
في الدعوى ودعوى الحسبة في حق الله تعالى تبطل بالتهمة فينعطف عليه بطلان
الشهادة ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد
القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما
تقادم الزمان لا يقام عليه لان الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا
في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا
اشار الطحاوي وابو حنيفة لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد
انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف وهو الاصح وهذا اذا
لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم
عن الامام فلا يتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر
بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه ان شاء الله تعالى قال واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة
وهي غائبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق
ان بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى
الشبهة ولا معتبر بالموهوم وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال

انها امرأته او امته بل هو ظاهر وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى عليه امرأته او امته
وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها واخران انها طاوعته درئ
الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على
الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها
شرط تحقق الموجب في حقها فلم يثبت لاختلافهما وله انه اختلف المشهود عليه
لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد
عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا
خصمين في ذلك وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة واخران انه زنى بها
بالبصرة درئ الحد عنهما لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان
ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد
نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه
ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يجب الحد
لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل
في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه
من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده وان شهد اربعة
انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس
بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين غير عين
واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي
بكر درئ الحد عنها وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع البكارة ومعنى المسئلة ان النساء
نظرن اليها وقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه
فلهذا سقط عنها ولا يجب عليهم وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او
محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود
عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من اهل الاداء الشهادة

الشهادة والعبد ليس باهل التحمل والاداء فلم يثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت
بالاداء وان شهدوا بذلك وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق
من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى
القاضي بشهادته ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور
في الاداء لتهمة الفسق تثبت شبهة عدم الزنا فلهذا يمتنع الحدان وسيأتي فيه
خلاف الشافعي بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده وان
نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد
وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب
بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة
اذ الشهود ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب فان رجم فديته على
بيت المال وهذا عند ابي حنيفة وقالا ارش الضرب على بيت المال ايضا قال رضي الله عنه
معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود
لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب
اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم
فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد
الى القاضي وهو عامل للمسلمين فيجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم والقصاص
وله ان الواجب هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك ولا يقع جارحا
ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان
في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة
اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها
فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا
على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين
هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم

ثم كامل في امتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه
فإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم
ربع الدية أما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف
بشهادة الراجع ربع الحق وقال ش يجب القتل دون المال بناء على أصله في شهود
القصاص وسنبينه في الديات إن شاء الله تعالى وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة
وقال زفر لا يحد لأنه إن كان قاذف حي فقد بطل بالموت وإن كان قاذف ميت
فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفا
بالرجوع لأن به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة
فينفسخ ما يبتنى عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما إذا قذفه غيره
لأنه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فإن لم يحد المشهود عليه حتى رجع
واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال م حد الراجع خاصة
لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فلا تنفسخ إلا في حق الراجع كما رجع بعد الإمضاء
ولهما أن الإمضاء من القضاء فصار كما رجع واحد قبل القضاء ولهذا يسقط عن
المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع
خاصة لأنه لا يصدق على غيره ولنا أن كلامهم قذف في الأصل وإنما يصير شهادة
باتصال القضاء به فإذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون وإن كانوا خمسة فرجع أحدهم
لا شيء عليه لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الأربعة فإن رجع آخر
حدا وغرما ربع الدية أما الحد فلما ذكرنا وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته
ثلاثة أرباع الحق والمعتبر بقاء من بقي على ما عرف وإن شهد أربعة على رجل بالزنا
فزكوا فرجم فإذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكين عند ح معناه إذا رجعوا
عن التزكية قالا رح هو على بيت المال وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع
علمنا بحالهم لهما أنهم أثنوا على الشهود خيرا فصار كما إذا أثنوا على المشهود عليه
خيرا بأن شهدوا بإحصانه وله أن الشهادة إنما تصير حجة عاملة بالتزكية فكانت

التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم إليها بخلاف شهود الإحصان لأنه
محض الشرط ولا فرق بينما إذا شهدوا بلفظة الشهادة أو أخبروا وهذا إذا
أخبروا بالحرية والإسلام وأما إذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون
لأن العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لأنهم لم يقع كلامهم شهادة
ولا يحدون حد القذف لأنهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه وإذا شهد أربعة
على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى
القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لأنه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه
الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فأورث شبهة بخلاف ما إذا قتله
قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة بعد ولأنه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل
مبيح فصار كما إذا ظنه حربيا وعليه علامتهم ويجب الدية في ماله لأنه عمد والعواقل
لا تعقل العمد ويجب في ثلث سنين لأنه وجب بنفس القتل وإن رجم ثم وجدوا
عبيدا فالدية على بيت المال لأنه امتثل أمر الإمام فنقل فعله إليه ولو باشره بنفسه
تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما إذا ضرب عنقه لأنه لم يأتمر
أمره وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لأنه
يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة وإذا شهد أربعة
على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم معناه أن ينكر
الدخول بعد وجود سائر الشرائط لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه
ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والإحصان يثبت بمثله فإن لم تكن ولدت منه وشهد
عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر وش فالشافعي مر على أصله أن شهادة النساء
غير مقبولة في غير الأموال وزفر يقول إنه شرط في معنى العلة لأن الجناية تتغلظ عنده
فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء
وصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لا تقبل
لما ذكرنا ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة وأنها مانعة عن الزنا على ما ذكرنا

تكامل في امتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد ولا يجاب
واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم
ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون التالف
بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود
القصاص وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى واما الحد فمذهب علمائنا الثلثة
وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت
فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا
بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة
فينفسخ ما يبتنى عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره
لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع
واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد حد الراجع خاصة
لان الشهادة تاكدت بالقضاء فلا تنفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء
ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد قبل القضاء ولهذا يسقط عن
المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع
خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة
باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون وان كانوا خمسة فرجع احدهم
لا شيء عليهم لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع فان رجع آخر
حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته
ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي على ما عرف وان شهد اربعة على رجل بالزنا
فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة معناه اذا رجعوا
عن التزكية وقالا هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع
علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه
خيرا بان شهدوا باحصانه وله ان الشهادة انما تصير حجة عاملة بالتزكية فكانت

فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه
محض الشرط ولا فرق بينما اذا شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا وهذا اذا
اخبروا بالحرية والاسلام واما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون
لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانهم لم يقع كلامهم شهادة
ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه واذا شهد اربعة
على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى
القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه
الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله
قبل القضاء ولان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل
مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل
لا تعقل العمد وتجب في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجدوا
عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه
تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر
امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لانه
يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة واذا شهد اربعة
على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر
الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه
ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد
عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي فالشافعي مر على اصله ان شهادة النساء
غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده
فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء
وصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا لا تقبل
لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة عن الزنا على ما ذكرنا

فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان
العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر
به المسلم فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما
تقدم **باب حد الشرب** ومن شرب الخمر فاخذ وريحها
موجودة او جاؤوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذا اذا اقر
وريحها موجودة لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله
عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه وان اقر بعد ذهاب ريحها لم يحد عند ح و س
وقال م يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها لم يحد عند ح و س
وقال م يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده
اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره
كما قيل يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وعندهما
يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رض فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان
قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر الاعتبار
والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال واما الاقرار فالتقادم
لا يبطله عنده كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة
لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رض ولا اجماع الا برأي ابن مسعود وقد
شرط قيام الرائحة على ما روينا فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او سكران
فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم
جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر
من النبيذ حد لما روي ان عمر رض اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ وسنبين الكلام
في حد السكر ومقدار حده الذي يستحق عليه ان شاء الله تعالى ولا حد على من وجد منه ريح الخمر
او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه او اضطرار ولا
يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب
الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه السكر
تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رض
يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن م لا يجرد
اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر
ثانيا فان كان عبدا فحده اربعون سوطا لان الرق منصف على ما عرف ومن
اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة
شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن س انه يشترط الاقرار مرتين وهو
نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى ولا تقبل فيه شهادة
النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران
الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة قال
رض هذا عند ح وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه هو السكران في العرف
واليه مال اكثر المشايخ وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا للحد
ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلب التمييز بين شيء وشيء وما
دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه
بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه
وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة
احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان
فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته ولو ارتد
السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر
باب حد القذف فاذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة
محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان
حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم
ثمانين جلدة الاية والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط

اربعة من الشهود اذ هو مختص بالزنا ويشترط فيه مطالبة المقذوف لان فيه حقه من
حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا قال ويفرق على اعضائه لما مر في
حد الزنا ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف
حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان
القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف
حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان
قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اى الحرائر والعقل والبلوغ
لان العار لا يلحق الصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام
من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف
صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت
امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن
غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو
قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقته سبا له وفي غيره يراد به
المعاتبة بنفي مشابهته اياه في اسباب المروءة ولو قال لست بابن فلان يعني
جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لم يحد ايضا لانه قد ينسب
اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد
القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت الا من
يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلحق به لمكان الجزئية
فيكون القذف متناولا له معنى وعنده يثبت حق المطالبة لكل وارث لان
حد القذف يورث عنده على ما نبين ان شاء الله تعالى وعندنا ولاية المطالبة
ليس بطريق الارث بل لما ذكرنا ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل
ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال
قيام الولد خلافا لزفر واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد

والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار
اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا
انه عير بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب
الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر
لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير
على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا وليس للعبد ان يطالب مولاه
بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى
لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا
السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع
ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعد ما
اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده وعندنا
لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف
وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا
ومنه سمي حدا والمقصد من شرع الزجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية
حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام فاذا تعارضت الجهتان فالشافعي
مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغناء الشارع ونحن
صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد
مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع
الا نيابة عنه وهذا هو الاصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث
اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح
عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري
فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي ومن اصحابنا من
قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول اظهر قال ومن اقر بالقذف ثم

رجع لم تقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص
حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه ومن قال للعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه
في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال
لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة
والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وان نسبه الى عمه او خاله او زوج امه
فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فلقوله تعالى واله آبائك
ابراهيم واسماعيل واسحق واسماعيل كان عما له والثاني لقوله عليه السلام الخال
اب والثالث للتربية ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد
وهذا عند ح وس وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة
من العرب وارق الى الخيرات زنأ في الجبل وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل
في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة
الغضب والسباب تعين الفاحشة بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنأت وذكر
الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو
قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي قلناه ومن قال
لآخر يا زاني فقال لا بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة
عطف يستدرك به الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا فيه ومن قال لامرأته
يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه يوجب
اللعان وقذفها الحد وفي البداية بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس
باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد ولو قالت
زنيت بك فلا حد ولا لعان معناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك
في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها
اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك
وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد لوجود القذف

القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن اقر بولد ثم نفاه ثم اقر به يلاعن لان
النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد
لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل
فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل وفيه خلاف والولد ولده في
الوجهين لاقراره سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح
بدون الولد وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة
وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة معها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة
بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهي
ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط ولو قذف امرأة لاعنت
بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد
قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه
ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه
وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من كل وجه او من وجه
حرام لعينه وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة
لغيره فابو حنيفة رح يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث
المشهور لتكون ثابتة من غير تردد بيانه اذا قذف رجلا وطئ جارية بينه وبين
آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذلك اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها
لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا
اتى امته وهي مجوسية او امرأته وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة
مع قيام الملك وهي مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن س ان وطء المكاتبة
يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزمه العقر
بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي مؤقتة ولو قذف رجلا
وطئ امته وهي اخته من الرضاع لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح ولو قذف

مكاتبا مات وترك وفاء لان عليه الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة
رضوان الله عليهم ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم حد عنده وقالا لا حد عليه
وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما
وقد مر في النكاح واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق
العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان
لا يؤذي ويوجب اذاه واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب
وقال الشافعي تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات واذا حد الكافر في قذف لم تقبل
شهادته على اهل الذمة لان له شهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت
شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم
تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته
لانه لا شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده ولو
ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة
متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة
صفة له وعن ابي يوسف انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح قال ومن
قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاولان فلان المقصود من
اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة
فوات المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب لان المقصود من
كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا
حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي ان اختلف المقذوف او المقذوف به
وهو الزنا لا يتداخل لان المغلب فيه حق العبد عنده

فصل في التعزير

في التعزير ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف
وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما
بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه اذاه والحق

الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير
غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الرأي الى الامام
ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا
يعزر سبا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف وكل العلوية يعزر فانه يلحقهم
الوحشة بذلك فان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن والتعزير اكثره تسعة
وثلاثون سوطا واقله ثلث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ التعزير خمسة وسبعين
سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين
واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد نظرا الى ادنى الحد وهو حد
العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وابو يوسف
اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو
قول زفر وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ماثور عن علي رضي الله عنه
فقلده ثم قدر الادنى في الكتاب بثلث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر
وذكر مشايخنا ان ادناه على ما يراه الامام يقدره بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه
يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب
كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف
فان رأى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد
ورد الشرع في الجملة حتى جاز ان يكتفى به فجاز ان يضم اليه ولهذا لم يشرع
في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير قال واشد الضرب
التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا
يؤدي الى فوت المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء قال
ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضوان الله
عليهم ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به
ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ

من حيث ان الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف ومن حده الامام او عزره فمات
فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة
كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات
يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال ش يجب الدية في بيت
المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال
لان نفع عمله يعود الى العامة فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى
بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله اعلم بالصواب

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على الخفية و
والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت
عليه اوصاف في الشريعة على ما ياتيك بيانه ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مرعي
فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال
من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه
هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه
قال اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة
من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا
ايديهما الاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما و
والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير وكذا
اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما تغلب والتقدير بعشرة دراهم
مذهبنا وعند ش التقدير بربع دينار وعند مالك بثلثة دراهم والاخذ بالاقل
وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم اثنى عشر درهما والثلثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا اولى
احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد وقد تايد
ذلك بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق

ينطلق على المضروب عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو
ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص
من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف في
عامة البلاد وقوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير الدراهم
يعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة
وسنبينه ان شاء الله تعالى قال والعبد والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل
ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس قال ويجب القطع
باقراره مرة واحدة وهذا عند ح وم وقال س لا يقطع الا باقراره مرتين و
ويروى عنه انهما في مجلسين مختلفين لانها احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى
وهي البينة كما اعتبرنا في الزنا ولهما ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما
في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل
تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد
لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه
واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال ويجب بشهادة
شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية
السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه
الى ان يسال عن الشهود للتهمة قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب
كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل من ذلك لم يقطع لان الموجب
سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه والله اعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لا قطع فيما يوجد
تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير
والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها
قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشي التافه الحقير

وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير يقل الرغبات
فيه والطباع لا تضن به فقل ما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر
ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا ترى ان
الخشب تلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير
والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث
الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج
والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن س انه
يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول ف والحجة عليه
ما ذكرنا قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللحم واللبن والفواكه الرطبة لقوله
عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عليه السلام لا قطع
في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل منه وما في معناه
كاللحم والثمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال ف يقطع فيهما لقوله
عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر حتى اذا اواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على
وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع
قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز ولا قطع في
سرقة الاشربة المطربة لان السارق يتاول في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس
بمال وفي مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور
لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال ف يقطع لانه
المعزف نوع من الطنابير يتخذه اهل اليمن
مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن س مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا
لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها وجه الظاهر ان الاخذ يتاول في اخذه القراءة
والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق
والحلية وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق انية فيها خمر وقيمة الانية
تربو على النصاب ولا يقطع في ابواب المساجد لعدم الاحراز فصار كباب الدار

بل اولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع
بسرقة متاعه قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتاول
من اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لانه ما اعد للعبادة
فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن س ان كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم
الحرز وان كان في بيت اخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي
الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولانه يتاول في
اخذ الصبي اسكاته او حمله الى مرضعته وقال س يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب
لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة
فيه نبيذ او ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع
في سرقة العبد الكبير لانه غصب او خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحقق الحد بحدها
الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه والبالغ سواء في اعتبار يده وقال س لا يقطع
ان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه ادمي من وجه مال من وجه ولهما
انه مال مطلقا لكونه منتفعا به او بعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى
الادمية ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر
الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد قال ولا في سرقة
كلب ولا فهد لان من جنسها يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف
بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط
ولا مزمار لان عندهما لا قيمة لها وعند ح آخذها يتاول الكسر فيها ويقطع في الساج
والقنا والابنوس والصندل لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد
بصورتها مباحة في دار الاسلام ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد
لانها من اعز الاموال وانفسها ولا توجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام غير
مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اواني وابواب قطع
فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة

فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع
في سرقتها لغلبت الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا
كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته ولا قطع على
خائن ولا خائنة لقصور الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كذا وقد قال النبي
عليه السلام لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن ولا قطع على النباش وهذا عند ح
وم وقال س وف عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم
محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة
اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث
لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها
نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع وهو محمول على السياسة وان كان القبر في بيت
مقفل فهو على الخلاف في الصحيح وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما
بينا ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم قال ولا من مال للسارق
فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه
والحال والمؤجل فيه سواء لان التاجيل لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه
لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء
منه الا بيعا بالتراضي وعن س انه لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء قضاء
من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال
الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم
فسرق دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس
واحد ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع و
والقياس ان يقطع وهو رواية عن س وهو قول ف لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه
من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك
من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل

المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى بالرد الى المالك وان عادت صفة
العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع
فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر
لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية فصار كما اذا
قذف المحدود في القذف المقذوف الاول قال فان تغيرت عن حالها مثل ان
يكون غزلا فسرقه فقطع فيه فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت
ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل فانتفت الشبهة الناشية
من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا

فصل في الحرز

والاخذ منه ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو
الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع
النظر الى مواضع الزينة الظاهرة فيها بخلاف الصديق لانه عاداه بالسرقة وفي الكتاب
خلاف ف لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي
الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا
للحرز وعدمه ومن سرق من امه من الرضاعة قطع وعن س انه لا يقطع لانه يدخل عليها
من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة
وجه الظاهر انه لا قرابة ولا المحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبت بالزنا والتقبيل عن
شهوة وهو اقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر ولا بسوطة
تحرزا عن موضع التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الآخر او العبد من سيده
او امرأة سيده او من زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق
احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا ف للبسوطة
بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه
لم يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن
علي رضي الله عنه درءا وتعليلا والحرز على ضربين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ

قال رضي الله عنه والحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان
وهو المكان المعد لاحراز الامتعة وحفظها كالدور والبيوت والصندوق والحانوت
وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد
قطع رسول الله صلعم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد وفي
المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم
يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا
انه لا يجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده فيه قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع
كما اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا
او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في
العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره
في الفتاوى قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع
لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن
للناس في دخوله لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل
في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال
وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه
محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف
الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان
المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه
لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون
فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة ولم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار
كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى
فيتمكن شبهة عدم الاخذ وان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة
الى الصحن الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة فان اغار

اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بيناه واذا
نقب اللص البيت ودخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع
عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل
خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف ان اخرج
الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل فان ادخل الخارج يده فتناولها
من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسئلة تأتي بعدها ان شاء الله تعالى وان
القاه في الطريق ثم خرج واخذه قطع وقال زفر لا يقطع لان الالقاء غير موجب
للقطع كما لو خرج ولم يأخذه وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي
حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار
او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم يأخذه
فهو مضيع لا سارق قال وكذلك لو حمله على حمار فساقه واخرجه لان سيره مضاف
اليه بسوقه واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رضي الله عنه
وهذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان الاخراج منه
فتمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان
المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ادى
الى سد باب الحد ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف
في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما
اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي واخذ الغطريفي (وهو جنس من الدراهم) ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه
الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو
المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم
من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع
وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق
الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ

في الحرز وهو الكم ولو كان الطرار حل الرباط ثم اخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس
العلة وعن ابي يوسف انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه
يعتمده وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق وان سرق من القطار
بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بمحرز مقصودا فتتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق
والقايد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان
مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل فاخذ منه قطع لان الجوالق
في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز
فيقطع وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نايم عليه قطع ومعناه
اذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه
لكونه مترصدا للحفظ وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم
عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقربه منه على ما اخترناه من قبل وقد ذكرناه في بعض النسخ
وصاحبه نايم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول
المختار

فصل في كيفية القطع واثباته

قال ويقطع يمين
السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود
رضي الله عنه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن
به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام
فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف فان
سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب
وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره مشايخنا وقال ف في الثالثة يقطع يده اليسرى
وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه
فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان
الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد ولنا قول علي
رضي الله عنه اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها

عليها وبهذا حاج بقية الصحابة رضي الله عنهم فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى
لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزاجر فيما يغلب بخلاف
القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي
ونحمله على السياسة وان كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل
اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كانت رجله
اليمنى شلاء لما قلنا وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان
منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام
مقطوعة او شلاء قطع لان فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف
فوت الاصبعين لانهما ينزلان منزلة الابهام في نقصان البطش واذا قال الحاكم
للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره فلا شيء عليه عنده وقالا
لا شيء عليه في الخطاء ويضمن في العمد وقال زفر يضمن في الخطاء ايضا وهو القياس
والمراد بالخطاء الخطاء في الاجتهاد واما الخطاء في معرفة اليمين واليسار لا يجعل
عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة والخطاء في حق العباد
غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطا في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين
والخطاء في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل لانه
تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه
امتنع للشبهة ولابي حنيفة انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن
شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن ايضا
هو الصحيح ولو اخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه
بامره ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطاء كذلك على هذه
الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه
فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا
خلافا ف في الاقرار لان الجناية على ملك الغير لا تظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع

عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع والغاصب وصاحب
الربوا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا المغصوب
منه وقال زفر وف لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير
والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له
يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هولاء الا ان الراهن
انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة
بالعين بدونه والشافعي بناء على اصله اذ لا خصومة لهولاء في الاسترداد عنده
وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق القطع
لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند
القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار
لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط
العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر الشبهة الموهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب
المرتهن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز
ثابتة وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع
السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك
فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته
اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ القطع لشبهة
يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب
ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن س انه يقطع
اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان
البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد
المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا واذا قضي على رجل بالقطع
في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت اليه وكذلك اذا باعها المالك اياه

اياه وقال زفر وف يقطع وهو رواية عن س لان السرقة قد تمت انعقادا
وظهورا وبهذا العارض لا يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا ان
الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء
للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده غير القضاء واذا كان كذلك يشترط
قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء قال وكذلك
اذا انقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن م يقطع وهو
قول زفر وف اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط
قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب
عينا ودينا كما اذا استهلك كله اما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا واذا
ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه
بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال ف لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز
عنه سارق فيودي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد
الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر
رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث
للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فان سرقا ثم غاب
احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول ح الآخر وهو قولهما
وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع
ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث
الشبهة على ما مر واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع
وترد السرقة الى المسروق منه وهذا عند ح وقال س يقطع والعشرة للمولى
وقال م لا يقطع والعشرة للمولى ومعناه اذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة مال مستهلك
قطعت يده ولو كان العبد ماذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر لا يقطع في الوجوه
كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد

على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير ولمحمد في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الاقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في سرقة يؤيده ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف المأذون له لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع قال واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة لذمي ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه

انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره وجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فيعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال ومن سرق سرقات فقطع في احديها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي اما الوجوب فبالجناية فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب الا يرى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة فيملك المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع مبيعا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فاذا اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى

وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان
فاحشا وان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار
تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت
على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم
او دنانير قطع فيه ورد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عنده وقالا
لا سبيل للمسروق منه عليها واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما
خلافا له ثم وجوب الحد لا يتشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه
قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه وان سرق
ثوبا فصبغه احمر فقطع لم يوخذ منه الثوب ولم يضمن وهذا عند ح وس وقال
م يوخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب
اصلا قايما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قايم صورة ومعنى حتى لو
اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قايم صورة لا
معنى الا يرى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف
الغصب لان حق كل واحد قايم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب
المالك بما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه الثوب في المذهبين يعني عند ح وم
وعند س هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند م زيادة
ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند ح السواد نقصان فلا يوجب
انقطاع حق المالك

باب قطع الطريق

قال واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق
فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان
اخذوا مال المسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم
عشرة دراهم فصاعدا او ما تبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف
وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم حدا والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين

يحاربون الله ورسوله الاية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهي
اربعة هذه الثلثة المذكورة ورابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت
على الاحوال فاللايق تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور
لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة
وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما
بيناه لما تلونا وشرط ان يكون الماخوذ مال مسلم او ذمي لتكون العصمة موبدة
ولهذا لو قطع الطريق على المستامن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد
كيلا يستباح طرفه الا بتناوله ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا
يودي الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناه لما تلونا ويقتلون حدا
حتى لو عفا الاولياء عنهم لم يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا واخذوا
المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان
شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال م يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة
فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم
ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على
التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا
وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب
التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن س انه لا يتركه لانه منصوص عليه
والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب
فيتخير فيه ثم قال يصلب حيا ويبعج بطنه بالرمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي
وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة والاول اصح لان الصلب
على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به قال ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام
لانه يتغير بعدها فيتاذى الناس به وعن س انه يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط
ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال واذا قتل

القاطع فلا ضمان عليه في مال المقتول اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه وان باشر
القتل احدهم اجري الحد على جماعتهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض
ردا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد
تحقق قال والقتل ان كان بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق
بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص
واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق
العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت
الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط
عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان
شاؤا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في
النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس
والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه
وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن
الباقين فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء يحد
الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة
العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية
واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض
العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تاويله
اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على
ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع وهو يخصه اما هنا الامتناع
لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد
على ما ذكرناه وان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق
على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق

الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الحيرة والكوفة فليس بقاطع الطريق استحسانا
وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف انه يجب الحد اذا
كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح
او ليلا به او بالخشب فهم قطاع لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي
ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لان
الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون
ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا ومن خنق
رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة وهي مسألة القتل بالمثقل وسنبين
في الديات ان شاء الله تعالى وان خنق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في
الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي في مغازيه قال
الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله
تعالى فاقتلوا المشركين وقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة اراد به فرضا
باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل
المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام وان لم يقم به
احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة
الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من
فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الاية وقال في الجامع الصغير الجهاد
واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب
على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة
الكل فيفترض على الكل قال وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات قال ولا
يجب الجهاد على صبي لان الصبي مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج
ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع

تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين
ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير
لان بغيرهما مقتنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج ويكره الجعل ما دام للمسلمين
فيء لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين قال فاذا
لم يكن فلا باس بان يقوي بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده
ان النبي عليه السلام اخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي
الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

باب كيفية القتال

واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روى
ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام قال فان
اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه السلام أمرت ان اقاتل الناس
حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث فان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر رسول الله صلى الله
عليه وسلم امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من
يقبل منه الجزية ومن لا يقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم
الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان بذلوها
فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم
كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور في
القران والله اعلم ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه لقوله
عليه السلام في وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة
يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى
مؤنة القتال ولو قاتلوهم قبل الدعوة اثموا للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز
والصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة الى الاسلام الآن بدعوة
بالدار فصار كقتل النسوان لانه صح ان النبي عليه السلام اغار على بني المصطلق وهم غارون
وعهد الى اسامة رض ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة قال
فان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة

بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله
عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور
ونصبوا عليهم المناجيق كما نصب رسول الله على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام
احرق البويرة قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم لان في
جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا
ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام
بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن
عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين او
اي باب الجهاد
بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بيناه ويقصدون بالرمي الكفار لانه ان تعذر
التمييز فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه منهم لا دية
عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقترن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه
لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد فبني على اتلاف النفس فيمتنع
حذار الضمان قال ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان
عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره
اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة
وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين
وهو التاويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقران في ارض العدو
ولو دخل مسلم اليهم بامان لا باس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون
بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة
عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة واما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع
للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة
ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء
دون الحرائر ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما

لما بينا الا ان يجيء العذر والضرورة وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا
يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم
والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر
هو المنقول ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح
للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع
اليمين والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد
والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عليه السلام نهى
عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى النبي عليه السلام امرأة مقتولة قال هاه ما كانت
هذه تقاتل فلم قتلت الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأي في الحرب او تكون المرأة
ملكة لتعدي ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح
حقيقة ولا يقتلوا مجنونا لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان
الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة
لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره ان
يبتدئ الرجل اباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه
يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع عليه حتى
يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب قتله بحيث
لا يمكنه دفعه الا بقتله فلا باس بقتله لان مقصوده الدفع الا يرى انه لو شهر الاب المسلم
سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله لما بينا فهذا اولى

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في
ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع
رسول الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر
سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع
الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم

يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وان صالحهم مدة ثم رأى ان نقض الصلح
انفع نبذ اليهم وقاتلهم لان النبي عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل
مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى
ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار
مدة يبلغ فيها خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من
انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر قال وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم
ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه
بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون نقضا
للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون
غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين
للعهد لانه باتفاقهم معنى وان رأى الامام موادعة اهل الحرب وان ياخذ على ذلك
مالا فلا باس به لانه لما جازت الموادعة بغير مال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين
حاجة اما اذا لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل والماخوذ من المال يصرف مصارف الجزية
هذا اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم
ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه ماخوذ بالقهر معنى واما المرتدون
فيوادعهم الامام حتى ينظر في امورهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير قتالهم طمعا في
اسلامهم ولا ياخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما بينا ولو اخذه لم يرده لانه
مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون
اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق الذلة باهل الاسلام الا اذا
خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن ولا ينبغي ان يباع السلاح
من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله
اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذلك
الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض والانقضاء فكانوا

حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فان النبي عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه **فصل** واذا آمن رجل حر او امرأة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان وهكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا آمن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وآمن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام لما بيناه ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا قال ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين قال ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح باب الفتح ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بيناه ولا يجوز امان العبد عند ح الا ان يأذن له مولاه في القتال وقال م يصح وهو قول ش وابو يوسف معه في رواية ومع ابي ح في رواية لمحمد قوله عليه السلام امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤثر في الامان الايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع ليتحقق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي ح انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف المأذون في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسايفة لما انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان

نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون له لانه رضي به والخطأ نادر لمباشرته القتال وبخلاف التأبيد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسألتهم ذلك واسقاط الفرض يصح فافترقا ولو آمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان مأذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق **باب الغنائم وقسمتها** واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضوان الله عليهم ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاول هو الاولى عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار اما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع انه يحظى به الذين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا لدوامه وان منّ عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج من حد الكراهة قال وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد ولا يفادى بالاسارى عند ح

وقالا يفادى بهم أسارى المسلمين وهو قول ش لأن فيه تخليص المسلم وهو أولى
من قتل الكافر والانتفاع به وله أن فيه معونة الكفرة لأنه يعود حربا علينا ودفع شر
حرابه خير من استنقاذ الأسير المسلم لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف
إلينا والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا أما الفداء بمال فأخذه منهم فلا يجوز
في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا
بأسارى بدر ولو كان أسلم الأسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لأنه لا يفيد
إلا إذا طابت به نفسه وهو مأمون على إسلامه قال ولا يجوز المن عليهم أي على الأسارى
خلافا ش فإنه يقول من رسول الله عليه السلام على بعض الأسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى
اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولأنه بالأسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز
إسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلوناه وإذا أراد الإمام العود
ومعه مواش فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا
يتركها وقال ش يتركها لأنه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة ولنا أن
ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء ثم يحرق بالنار لينقطع
منفعته عن الكفار فصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهي عنه ولا يعقرها لأنه
مثلة ويحرق الأسلحة أيضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار
إبطالا للمنفعة عليهم ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام وقال
ش لا بأس بذلك وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا
وعنده يثبت ويبتنى على هذا الأصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهي بتوفيق
الله تعالى له أن سبب الملك الاستيلاء إذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى
للاستيلاء سوى إثبات اليد وقد تحقق ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب
والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فيدخل تحته ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة
والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا ثم قيل موضع الخلاف
ترتب الأحكام على القسمة إذا قسم الإمام لا عن اجتهاد لأن حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل

وقيل الكراهة كراهة تنزيه عند م فإنه قال على قول أبي ح وس لا يجوز القسمة في دار الحرب
وعند م الأفضل أن يقسم في دار الإسلام ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح إلا
أنه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة قال والردء والمقاتل في العسكر
سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة أو شهود الوقعة على ما عرف وكذلك إذا لم
يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرناه وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة
إلى دار الإسلام شاركوهم فيها خلافا ش بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه
من الأصل وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالإحراز أو بقسمة الإمام في دار الحرب
أو ببيعه المغانم فيها لأن بكل منها يتم الملك في الغنيمة فينقطع شركة المدد قال
ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة إلا أن يقاتلوا وقال ش في أحد قوليه يسهم
لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد
ولنا أنه لم يوجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب
الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا أو راجلا عند القتال
وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه أو تأويله أنه شهدها على قصد القتال وإذا لم يكن للإمام
حمولة يحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة إيداع ليحملوها إلى دار الإسلام
ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال رضي الله عنه هكذا ذكره في المختصر ولم يشترط رضاهم
وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا أن الإمام إذا وجد في المغنم حمولة يحمل المغانم
عليها لأن الحمولة والمحمول مالهم وكذا إذا كان في بيت المال فضل حمولة لأنه مال
المسلمين ولو كان للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لأنه
ابتداء إجارة وصار كما إذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم
في رواية السير الكبير لأنه دفع الضرر العام بتحمل ضرر خاص ولا يجوز بيع الغنائم قبل
القسمة في دار الحرب لأنه لا ملك قبلها وفيه خلاف ش وقد بيناه الأصل ومن مات
من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد إخراجها إلى
دار الإسلام فنصيبه لورثته لأن الإرث يجري في الملك ولا ملك قبل الإحراز وإنما

الملك بعده وقال ش من مات بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه قال ولا باس بان يعلف العسكر في دار الحرب وياكلوا ما وجدوه من الطعام قال رضي الله عنه ارسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في الاخرى وجه الاولى انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما في الثياب والدواب وجه الاخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحب فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة الى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتاويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله لا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج قال ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق

الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه قال او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وقال ش هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ح وس الاخر وفي قول م وهو قول ابي س الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعنده تثبت قال وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء خلافا ش هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده ليست محترمة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ح وقال م لا يكون فيئا قال رضي الله عنه كما ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول س مع م لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا ياكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تاكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعند ش مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة

وقد زالت بخلوص المتلصص لأنه كان أحق به قبل الإحراز فكذا بعده وبعد القسمة
تصدقوا به إن كانوا أغنياء وانتفعوا به إن كانوا محاويج لأنه صار في حكم اللقطة
لتعذر الرد على الغانمين وإن كانوا انتفعوا به بعد الإحراز ترد قيمته إلى المغنم إن كان
لم يقسم وإن قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة
مقام الأصل فأخذ حكمه **فصل** في كيفية القسمة قال ويقسم الإمام الغنيمة
فيخرج خمسها لقوله تعالى فأن لله خمسه استثنى الخمس ويقسم الأربعة الأخماس بين
الغانمين لأنه عليه السلام قسمها بين الغانمين ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ح وقالا للفارس
ثلاثة أسهم وهو قول ش لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أسهم للفارس
ثلاثة أسهم وللراجل سهما ولأن الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل
لأنه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولأبي ح ما روى ابن عباس رضي الله عنه
أن النبي عليه السلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله
وقد قال عليه السلام للفارس سهمان فإذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره
ولأن الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولأنه
تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان
النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه ولا يسهم إلا لفرس واحد
وقال س يسهم لفرسين لما روي أن النبي عليه السلام أسهم لفرسين ولأن الواحد قد يعيى
فيحتاج إلى الآخر ولهما أن البراء بن أوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله عليه السلام
إلا لفرس واحد ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب
الظاهر مفضيا إلى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس وما
رواه محمول على التنفيل كما أعطى سلمة بن الأكوع سهمين وهو راجل والبراذين
والعتاق سواء لأن الإرهاب مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى
ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب
والهجين والمقرف إطلاقه ولهذا ولأن العربي إن كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون

فالبرذون أصبر وألين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن
دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى
فرسا استحق سهم الراجل وجواب الشافعي على عكسه وهكذا روى ابن المبارك
عن أبي ح في الفصل الثاني أنه يستحق سهم الفرسان والحاصل أن المعتبر عندنا حالة
المجاوزة وعنده حالة انقضاء الحرب له أن السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص
عنده والمجاوزة وسيلة إلى السبب كالخروج من البيت وتعليق الأحكام بالقتال يدل
على إمكان الوقوف عليه ولو تعذر أو تعسر يتعلق بشهود الوقعة لأنه أقرب إلى القتال
ولنا أن المجاوزة نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام
ولا معتبر بها ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لأنه
حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه إذ هو السبب المفضي إليه ظاهرا إذا كان
على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا أو راجلا ولو دخل فارسا
وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا
ثم باع فرسه أو وهبه أو آجره أو رهنه ففي رواية الحسن عنه يستحق سهم الفرسان
اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لأن الإقدام على هذه
التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد
الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا إذا باعه في حالة القتال عند البعض والأصح
أنه يسقط لأن البيع يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أنه ينتظر عزته ولا يسهم
لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الإمام لما روي
أنه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان
عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم ولأن
الجهاد عبادة والذمي ليس من أهلها والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما
فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه إلا أنهم يرضخ لهم تحريضا على القتال مع إظهار
انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج

الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة
يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال
فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال
والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين
الا انه يزاد على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم
اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من الجهاد ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد
واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل
يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي لهم خمس
الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم
وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا
ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلاثة على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة
وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم
وعوضكم منها خمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء
والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه عليه السلام علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا
في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل على ان المراد من النص قرب النصرة
لا قرب القرابة قال فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي
عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول
بعده والصفي شيء كان النبي عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية
وقال الشافعي يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى
كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر قال رضي الله عنه
هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي وسهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا
من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما يحرم العمالة وجه الاول
وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط

سقوط حق الاغنياء فاما فقراؤهم يدخلون في الاصناف الثلاثة واذا دخل الواحد
او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة
هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد
او الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم
الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة وان دخل جماعة لها منعة
فاخذوا شيئا خمس وان لم يأذن لهم الامام لانه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه
يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد
والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

فصل في التنفيل

قال ولا بأس بان
ينفل الامام في حال القتال ويحرض على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول
للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها
النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد
يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل
فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد يكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد
احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير تأكد فيه بالاحراز قال الا من الخمس لانه
لا حق للغانمين في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل
وغيره فيه سواء وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله
مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرعي لانه بعث
له ولان القاتل مقبلا اكثر عناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره
ولنا انه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص
وقد قال عليه السلام لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس
امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رويناه وزيادة
الغناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من سلاحه وثيابه
ومركبه قال رضي الله عنه وكذا ما على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله

في فرس أو على وسطه وما عدا ذلك ليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة أخرى
فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار
الإسلام لما مر من قبل حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم واستبرأها
لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند ح وس وقال م له أن يطأها ويبيعها
لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي
ووجوب الضمان بالإتلاف قد قيل على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

وإذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق
في مال مباح وهو السبب على ما نبينه إن شاء الله تعالى فإن غلبنا على الترك حل لنا ما
نجده من ذلك اعتبارا بسائر أملاكهم وإن غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم
ملكوها وقال ف لا يملكونها لأن الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا
ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا أن الاستيلاء ورد على مال
مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على مالهم وهذا
لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع وإذا زالت الم
كنة عادت مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار لأنه
عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق
الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل فإن ظهر عليها المسلمون فوجدها
المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة
إن أحبوا لقوله عليه السلام فيه إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وإن وجدته بعد القسمة
فهو لك بالقيمة ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ نظرا
له إلا أن في الأخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة
وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول
بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه وإن شاء ترك لأنه يتضرر بالأخذ مجانا ألا
ترى أنه دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلنا ولو اشتراه بعوض يأخذ

يأخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لأنه يثبت له ملك خاص فلا
يزال إلا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها
لأن الأخذ بالمثل غير مفيد وكذا إذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا وكذا إذا كان
مشترى بمثله قدرا ووصفا قال فإن أسروا عبدا فاشتراه رجل فأخرجه إلى دار
الإسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو
أما الأخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الأرش لأن الملك فيه صحيح فلو أخذه أخذه
بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
بخلاف الشفعة لأن الصفقة لما تحولت إلى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشتري
شراء فاسدا والأوصاف تضمن فيه كما في الغصب أما ههنا الملك صحيح فافترقا وإن أسروا
عبدا فاشتراه رجل بألف درهم فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل
آخر بألف درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني لأن الأسر ما ورد على ملكه
وللمشتري الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن لأن الأسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم
بالثمنين إن شاء لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا لو كانت المشتري منه الثاني
غائبا ليس للأول أن يأخذه اعتبارا بحال حضرته ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة
مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لأن السبب
إنما يفيد الحكم في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لأنه
تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم
أرقاء ولا جناية من هؤلاء وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند
ح وقالا يملكونه لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه
من دار الإسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لأن سقوط
اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده
على نفسه فصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لأن يد المولى
باقية لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده وإذا لم يثبت الملك لهم عند ح يأخذه

المالك القديم بغير شيء موهوبا كان او مشترى او مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة
يؤدي عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر
اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه
وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند
الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام
فصاحبه يأخذه بالثمن ان شاء فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع
فاخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله واخرجه فان المولى يأخذ العبد
بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ح وقالا يأخذ العبد وما معه
بالثمن ان شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد
واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما فادخله دار الحرب عتق
عند ح وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد
انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولابي حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل
الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا
له كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب
واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار فهو حر وكذا اذا خرج عبيدهم
الى عسكر المسلمين فهم احرار روي ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا
الى رسول الله عليه السلام فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه بالخروج
الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولى
من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه الى زيادة توكيد
وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان اولى **باب المستأمن**
واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا من دمائهم
لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستئمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام
الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم

لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان
اطلقوه طوعا فان غدر بهم اعني التاجر فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا
لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه
فيؤمر بالتصدق به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه واذا
دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان هو حربيا او غصب احدهما صاحبه
ثم خرج الينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الادانة فلان
القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستأمن
لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب
فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه
وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي
بالدين بينهما ولم يقض بالغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي
والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا انه
ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب
حربيا ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا
انه ملكه واما الامر بالرد ومراده الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو
نقض العهد واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او
خطاء فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطاء اما الكفارة فلاطلاق الكتاب
والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان
وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة
المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل
لا تعقل العمد وفي الخطاء لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب
عليهم على اعتبار تركها وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجر
اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطاء عند ح وقالا في الاسيرين الدية في

خطاء والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستيمان على ما بيناه
فامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة انه بالاسر صار
تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم
فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطاء بالكفارة لانه
لا كفارة في العمد عندنا **فصل** واذا دخل الحربي الينا مستامنا لم يمكن ان
يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل
ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق او جزية لانه يصير عينا لهم وعونا
علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة
والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة
لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه
وان مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية
فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين فاذا اقامها
بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة
لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين
وان دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي
لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد
الشرى لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك
تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه
وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فتتخرج عليه
احكام جمة فلا يغفل عنه واذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية
لانها التزمت المقام تبعا للزوج واذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا
لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام ولو كان حربيا دخل دارنا
بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار

صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان اسر
او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها في
يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين فلان اثبات اليد
عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص
به فيسقط فان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك اذا مات لان
نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه او على
ورثته من بعده قال وما اوجف عليه المسلمون من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف الى
مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية
ولا خمس في ذلك وقال ش فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي انه عليه السلام
اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال
ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة
المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد ما ذكرنا فلا
معنى لايجاب الخمس واذا دخل الحربي بامان وله امراة في دار الحرب واولاد صغار
وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم هنا ثم ظهر
على الدار فذلك كله فيء اما المراة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون وهم كبار
وليسوا باتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل واما الاولاد
الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت
ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذلك امواله لا تصير محرزة باحراز نفسه
لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على
الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين
اسلم اذ الدار واحدة وما كان من ماله اودعه مسلما او ذميا فهو له لانه في يد محترمة
ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المراة واولاده الكبار فلما قلنا واما المال الذي
في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة واذا اسلم الحربي في

دار الحرب فقتله مسلم عمداً او خطأً وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا
الكفارة في الخطأ وقال الشافعي تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق دماً
معصوماً لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلباً للكرامة وهذا لان العصمة
اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعاً والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع
به فيكون وصفاً فيه فيتعلق ما علق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو
لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الآية لانه جعل التحرير كل الموجب رجوعاً الى حرف
الفاء او الى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمي
خلق متحملاً اعباء التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها اما المقومة
فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس
لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة
في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس الا ان الشرع اسقط
اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستأمن في دارنا من اهل دارهم
حكماً لقصدهما الانتقال اليها ومن قتل مسلماً خطأً لا ولي له او قتل حربياً دخل
الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفساً معصومة
خطأً فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث
له وان كان عمداً فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة
والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له
قوله ان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عيناً وهذا
لان الدية انفع في هذه المسألة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على مال وليس له
ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

باب العشر والخراج قال ارض العرب كلها ارض عشر وهو ما بين العذيب
الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى
عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان لان النبي عليه السلام والخلفاء

والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من ارض العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت
في ارضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها على الكفر
كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رضي الله عنه
حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع على مصر حين
افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام قال
وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لان الامام اذا فتح ارضاً عنوة
وقهراً له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج فتبقى الاراضي مملوكة
لاهلها وقد بيناه من قبل قال وكل ارض اسلم اهلها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين
فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى
العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل ارض فتحت عنوة فاقر
اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على
الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله عليه السلام فتحها عنوة
وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل
اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي
ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر
او بماء الخراج قال ومن احيا ارضاً مواتاً فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من
حيز ارض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية
والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة رضوان الله عليهم لان حيز الشيء يعطى له حكمه
كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ ما قرب
من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة
وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد ان احياها ببئر حفرها او بعين استخرجها
او ماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها
بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من

اعتبار للماء اذ هو سبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها
فيعتبر في ذلك الماء لان سقي بماء الخراج دلالة التزامه والخراج الذي وضعه
عمر رضي الله عنه على السواد في كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم
وفي جريب الرطبة خمسة دراهم وفي جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة
دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح
سواد العراق وجعل حذيفة عليه مشرفا فمسح فبلغ ستة وثلثين الف
الف جريب ووضع ذلك على ما قلنا فكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان
اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة
والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها
وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران
والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه
وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ
الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم
الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وفي
ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر
الطاقة من اي شيء كان قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصها الامام فالنقصان
عند قلة الريع جائز بالاجماع الا ترى الى قول عمر لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا
لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة
عند زيادة الريع يجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف لا يجوز لان عمر رضي الله عنه لم
يزد حين اخبر بزيادة الطاقة فان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم
الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج
وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع
الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج قال وان عطلها

عطلها ما فيها فعليها الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا ومن انتقل
الى اخس الامرين من غير عذر فعليه الخراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا
يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرى الظلمة على اخذ اموال الناس ومن اسلم من اهل الخراج اخذ
منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم
ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان
الصحابة اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشرى واخذ الخراج
وادائه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال ش يجمع بينهما لانهما
حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام
لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى
باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا
والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسببهما الحقيقي واحد وهو الارض النامية الا انه
يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا اضيفا الى الارض وعلى هذا الخلاف
الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا
بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل الخارج

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق
كما صالح رسول الله عليه السلام بني نجران على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي
فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على
الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين
درهما ياخذ منهم في كل شهر اربعة دراهم وعلى متوسط الحال اربعة وعشرين درهما
في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا
وقال ش يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله
عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من غير فصل
ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا يجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري

والمستوان وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي ولم
ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت
بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت
بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا ولهذا
امر بالاخذ من الحالمة وان كانت لا تؤخذ منها الجزية وتوضع الجزية على اهل الكتاب
والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ووضع رسول الله
عليه السلام الجزية على المجوس قال وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف ش هو يقول ان
القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه في اهل الكتاب بالكتاب
وفي المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية
عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين
ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم
ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركوا
العرب فلان النبي عليه السلام نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم
اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعد ما هدي للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من
الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وعند ش يسترق مشركوا العرب وجوابه
ما قلناه واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر رض استرق نسوان
بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما
ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لانها وجبت بدلا عن القتل او عن القتال وهما لا يقتلان
ولا يقاتلان لعدم الاهلية قال ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا
وعن س انه يجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي قال ولا على فقير
غير معتمل خلافا ش له اطلاق حديث معاذ رض ولنا ان عثمان بن حنيف رض
لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض
لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والشرط محمول على المعتمل ولا

توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة
في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا يجب فلا يجب بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة
بسببهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد عن
ح انه يوضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول س وجه الوضع عليهم ان
القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه
لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون
المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في اكثر السنة ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذا اذا
مات كافرا خلافا ش فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه
المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله
عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا سميت جزية وهي
والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة
في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا عن
النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا
والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى وان اجتمعت عليه
الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة
وجاءت سنة اخرى لم يؤخذ منه وهذا عند ح وقالا يؤخذ منه وهو قول ش وان
مات عند تمام السنة لم يؤخذ في قولهم جميعا وكذا ان مات في بعض السنة اما مسألة
الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما
في الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى
وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي ح
انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد
نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد
وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط الجزية يا عدو الله فثبت انه عقوبة

والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن
النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب
قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه ثم
قول م في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازا
وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فتتداخل وعند البعض هو
مجرى على حقيقته والوجوب عنده باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح ان
الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند ش في اخره اعتبارا بالزكوة ولنا ان ما وجب بدلا
عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناه في
اوله

فصل ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه السلام
لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان انهدمت البيع والكنائس القديمة
اعادوها لان الابنية لا تبقى دائمة ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم
لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف
موضع الصلوة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار
هي التي يقام فيها الشعائر فلا يعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من
ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة
لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله
عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب قال ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين
في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يحملون السلاح وفي
الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الاكف
وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم
يكرم والذمي يهان فلا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم يكن علامة مميزة
فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب ان تكون خيطا غليظا
من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام

الاسلام ويجب ان تتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على
دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا
الا لضرورة فاذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة
اتخذوا سروجا بالصفة التي تقدمت ويمنعون من لباس يختص به اهل العلم والزهد
والشرف ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي عليه السلام او زنى بمسلمة لم ينقض
عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال
ش سب النبي عليه السلام يكون نقضا لانه ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة
خلف عنه ولنا ان سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه
قال ولا ينتقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربوننا لانهم صاروا
حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا نقض الذمي العهد
فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ما يحمله
من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد

فصل ونصارى بني تغلب يؤخذ
من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح
على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعفة
وقال زفر لا يؤخذ من نسائهم ايضا وهو قول ش لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر
رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على
النسوان ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف
مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا يرى انه لا يراعى فيه شرائطها
ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر
يضاعف لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم الا يرى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق
حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية
على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات

فالمولى اولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لم يحرم عليه الصدقة لان الغني من
اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق مولاه اما الهاشمي ليس من اهل الصدقة
اصلا لانه جعل لشرفه وكرامته لمن او شارك الناس فالحق به مولاه وما جباه الامام
من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف الى
مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور وتعطى قضاة المسلمين
وعلماؤهم وعمالهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال
بيت المال فانه وصل الى المسلمين بغير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء
عملتهم ونفقة الذراري على الاباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب ولا
يتفرغوا للقتال ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطايا لانه نوع صلة
وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء
في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي

باب احكام المرتدين

اذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة
كشفت عنه لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا
ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته قال ويحبس ثلثة ايام فان
اسلم والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويله
الاول انه يستمهل فيمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ح وس
انه يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن ش ان على الامام ان
يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة
ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التامل فقدرناه بالثلث ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين
من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي
بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم
ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى
الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود قال فان قتله

قاتل قبل العرض على الاسلام كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهة هنا ترك
المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما
المرتدة فلا تقتل وقال ش تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية
متغلظة فيناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في
موجبها ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى
دار الاخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر عاجل وهو الحراب
ولا يتوجه ذلك في النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة
كالاصلية قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار
فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام
حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع
بين الحقين ويروى تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام قال ويزول ملك
المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت على حالها قالوا هذا عند ح
وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم
والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا
يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده فالله
فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار
كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار
الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه وان مات او قتل على
ردته انتقل ما اكتسبه في حال اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته
فيئا وهذا عند ح وقال س وم كلاهما لورثته وقال ش كلاهما فيء لانه مات كافرا
والمسلم لا يرث الكافر ثم مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد
الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة
سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي ح انه يمكن الاسناد في كسب الاسلام

لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاسناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده
ثم انما يرثه من كان وارثا له حال الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي يوسف اعتبارا
للاستناد وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه
وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد
انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل
القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة لانه يصير فارا فان كان صحيحا
وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف
المرتد ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان
كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد قال
وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت
الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال ش
يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق
صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي
منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود
الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرنا كما في
الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول م لان اللحاق هو السبب والقضاء
لتقرره بقطع الاحتمال وقال س وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا
لحقت بدار الحرب فهي على هذا وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسب
في حالة الاسلام وما لزمه في حال ردته من الديون مما اكتسبه في حال ردته قال
رضي الله عنه وهذه رواية عن ح وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فان لم يف بذلك
يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلفا
وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين
من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه

ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين
عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه
منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون
ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث ان
كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى
الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال س و م
يقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما قال وما باعه او
اشتراه او وهبه او اعتقه او رهنه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف
فان اسلم صحت عقوده فان مات او قتل او لحق بطلت وهذا عند ح وقال س
و م يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق
كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق
كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانه
يعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو
ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ بالملك ولا خفاء في وجود الاهلية
لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد
بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة ثم مات ولو بعد الردة قبل الموت لا يرثه
فتصح تصرفاته الا ان عند س تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ
الشبهة تزاح فلا تقتل فصار كالمرتدة وعند م تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى
نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا
تقتل ولابي ح انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات
بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر يتوقف تصرفاته لتوقف
حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فاوجب خللا
في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف

المرأة لأنها ليست حربية ولهذا لا تقتل وإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه إلى دار
الإسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه لأن الوارث إنما يخلفه
فيه لاستغنائه وإذا عاد مسلماً احتاج إليه فيقدم عليه بخلاف ما إذا أزاله الوارث
عن ملكه وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه لأن القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض
ولو جاء مسلماً قبل أن يقضي القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلماً لما ذكرنا وإذا وطئ
المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ
ارتد فادعاه فهي أم ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه فإن كانت الجارية مسلمة
ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب أما صحة الاستيلاد فلما قلنا
وأما الإرث فلأن الأم إذا كانت نصرانية فالولد تبع لها لقربه إلى الإسلام للجبر عليه
فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد أما إذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها لأنها
خيرهما ديناً والمسلم يرث المرتد وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو
فيء وإن لحق ثم رجع وأخذ مالاً وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل
القسمة رد عليهم لأن الأول مال لم يجر فيه الإرث والثاني انتقل إلى ورثته بقضاء القاضي
بلحاقه فكان الوارث مالكاً قديماً وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه
ثم جاء المرتد مسلماً فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي أسلم لأنه لا وجه إلى
بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق
العقد فيه ترجع إلى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم
لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة
وقالا الدية فيما اكتسب في الإسلام والردة لأن العاقلة لا تعقل المرتد لانعدام النصرة
فتكون في ماله وعندهما الكسبان جميعاً ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا
يجري فيهما الإرث عندهما وعنده ماله المكتسب في الإسلام لنفوذ تصرفاته دون
المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الأول ميراثاً عنه والثاني فيئاً عنده
وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق

أو لحق ثم جاء مسلماً فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة أما
الأول فلأن السراية حلت محلاً غير معصوم فأهدرت بخلاف ما إذا قطع يد المرتد
ثم أسلم فمات من ذلك لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء فكذا
بالردة وأما الثاني وهو ما إذا لحق معناه إذا قضي بلحاقه فلأنه صار ميتاً تقديراً
والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى
فإذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه إن شاء الله تعالى قال وإن لم
يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر في جميع
ذلك نصف الدية لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان
كما إذا قطعت يد مرتد فأسلم ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه
فيجب ضمان النفس كما إذا لم تتخلل الردة وهذا لأنه لا معتبر بقيام العصمة في حال
بقاء الجناية وإنما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة
البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين وإذا ارتد المكاتب
ولحق بدار الحرب واكتسب مالاً فأخذ بماله وأبى أن يسلم فقتل فإنه يوفى مولاه مكاتبته
وما بقي لورثته وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب المرتد ملكه إذا كان حراً فكذا إذا كان
مكاتباً وأما عنده فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة
فكذا أكسابه ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالاتفاق وهو حر فكذا بالأولى بطريق الأولى
وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب
وولدت ولداً وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعاً فالولدان فيء لأن المرتدة تسترق
فيتبعها ولدها ويجبر الولد الأول على الإسلام ولا يجبر ولد الولد وعن أبي حنيفة أنه
يجبر تبعاً للجد وأصله التبعية في الإسلام وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين
وثانيتها صدقة الفطر وثالثها جر الولاء والأخرى الوصية للقرابة قال وارتداد الصبي
الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد ويجبر على الإسلام ولا يقتل وإسلامه إسلام ولا
يرث أبويه إن كانا كافرين وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام وقال

ارتد فاسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتنى عليه غيرها فلا يبالي بما يشوبه ولهم في ردته انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف لانه يتعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة ومحمد انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل

باب البغاة

واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم لان عليا رضي الله عنه فعل ذلك باهل حروراء قبل قتالهم ولانه اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤوه فان بدؤوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهر زاده ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدؤوا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم وان لم يكن لهم فئة

فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر بدونه وقال الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته ولا تسبى لهم ذرية ولا يغنم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير تأويله اذا لم يكن له فئة وان كان له فئة يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال ولا بأس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه وقال الشافعي لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له ان مال المسلم لا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان عليا رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويحبس الامام اموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر واما الرد فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم فان كانوا صرفوه في حقه اجزأ من اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك لانه لم يصل الى مستحقه قال رضي الله عنه قالوا لا اعادة عليهم في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل يأخذه الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتأويله اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجل

من اهل العدل باغيا فانه يرثه وان قتله الباغي وقال كنت على حق وانا الآن على حق
ورثه وان قال قتلته وانا اعلم انى على الباطل لم يرثه وهذا عند ح وم وقال س
لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول ف واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله
لا يضمن ولا يأثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب
الضمان عندنا ويأثم وقال ف في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف
نفسا ومالا له انه اتلف مالا معصوما او قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما
قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم رواه الزهري ولانه اتلف عن تاويل فاسد
والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب
وتاويلهم وهذا لان الاحكام لا بد فيها من الالزام او الالتزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة
عن تاويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند
عدم التاويل يثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشارع اذا ثبت
هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولابي يوسف في قتل الباغي العادل
ان التاويل الفاسد انما يعتبر في الدفع والحاجة هنا الى استحقاق الارث ولهما فيه ان
الحاجة الى الدفع حرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه
بقاؤه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال ويكره
بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة
من اهل الكوفة ومن لم يعرف من اهل الفتنة باس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما
يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا
يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

كتاب اللقيط

اللقيط سمي
به باعتبار مآله انه يلتقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على
ضياعه فواجب له قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار
الاسلام لان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي ولانه مسلم عاجز عن
التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان

بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا
ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره
ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده وان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله
معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن
ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير
بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتنى عليه بطلان يده
ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان
وقد عرف في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به
لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما
لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع
له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين
او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان
لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو
يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او
في بيعة او في كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة
وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه
ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو
رواية ابن سماعة عن م لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى
اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن
ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى
عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل
الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي ترجيحا لما هو
الانظر في حقه وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا اذا

كان مشروعا على ما هو عليه الحال لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال
ضايع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهرا وله ولاية
الانفاق وشراء ما لا بد منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق ولا يجوز تزويج الملتقط
لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة ولا تصرفه في مال الملتقط اعتبارا
بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالراي الكامل والشفقة الوافرة
والموجود في كل منهما احدهما ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه
الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال ويسلمه في صناعة لانه
من باب تثقيفه وحفظ حاله قال ويؤاجره قال رضي الله عنه وهذه رواية القدوري
في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول
انه يرجع بتثقيفه وجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها
تملكه على ما نذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان
الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب
اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذا اذا تصادقا
انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة ولو اقر انه اخذها
لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال الغير بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود
عليه وقال الاخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ح وم وقال س لا يضمن والقول
قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان
وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرا وما ذكر من
الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد
ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه
اسم جنس قال فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا
عرفها حولا قال رضي الله عنه وهذه رواية عن ح وقوله اياما معناه على حسب ما يرى وقدره

وقدره م في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك وش لقوله عليه السلام
من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة
كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع
به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في تعلق حق الزكوة فاوجبنا
التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى راي
المبتلى به وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى راي الملتقط يعرفها
الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة
شيئا لا يبقى عرفها حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي
اصابها وفي الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا
يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع
به من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح قال فان جاء
صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك
بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق
بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها قال فان جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق
بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن
الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف
على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم
ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول
مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان
كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال
مالك وش اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما
ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما يدفع عن
نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة

يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة فإن أنفق
الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وإن أنفق بأمره كان
ذلك دينا على صاحبها لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الإنفاق
على ما نبين إن شاء الله تعالى وإذا رفع ذلك إلى الحاكم نظر فيه فإن كان للبهيمة منفعة
آجرها وأنفق عليها من أجرتها لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير إلزام الدين عليه وكذلك
يفعل بالعبد الآبق وإن لم يكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها
باعها وأمر بحفظ ثمنها إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة وإن كان الأصلح الإنفاق
عليها أذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لأنه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين
قالوا إنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها فإن لم يظهر
يأمر ببيعها لأن دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الإنفاق مدة مديدة قال رضي الله
وفي الأصل شرط إقامة البينة وهو الصحيح لأنه يحتمل أن يكون غصبا في يده فلا يأمر فيه بالإنفاق
وإنما يأمر في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء وإن قال لا بينة لي
يقول القاضي له أنفق عليها إن كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك إن كان صادقا
ولا ترجع إن كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها إشارة إلى
أنه إنما يرجع على المالك بعدما حضر ولم يبع اللقطة إذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه
رواية وهو الأصح قال وإذا حضر المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لأنه حيي
بنفقته فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع وأقرب من ذلك راد الآبق فإن له
الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس
ويسقط إذا هلك بعد الحبس لأنه يصير بالحبس شبيه الرهن ولقطة الحل والحرم سواء
وقال الشافعي يجب التعريف إلى أن يجيء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم والحل ولا تحل لقطتها
إلا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل
ولأنها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها
وتأويل ما روي أنه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف

فيه لمكان أنه للغرباء ظاهرا وإذا حضر رجل وادعى اللقطة لم تدفع إليه
حتى يقيم البينة وإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في
القضاء وقال مالك والشافعي يجبر والعلامة مثل أن يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها
ووعاءها لهما أن صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف
لوجود المنازعة من وجه ولا يشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا أن اليد
حق مقصود كالملك فلا يستحق إلا بحجة وهي البينة اعتبارا بالملك إلا أنه يحل له الدفع
عند إصابة العلامة لقوله عليه السلام فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها
فادفعها إليه وهذا للإباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي
الحديث ويأخذ منه كفيلا إذا كان يدفعها إليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لأنه يأخذ
الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده وإذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل
بقبض الوديعة وقيل يجبر لأن المالك هنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا ولا يتصدق
باللقطة على غني لأن المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فإن لم يأت يعني صاحبها
فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة وإن كان الملتقط
غنيا لم يجز له أن ينتفع بها وقال الشافعي يجوز لقوله عليه السلام في حديث أبي رضي الله عنه
فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها وكان من المياسير ولأنه إنما يباح
للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع
به إلا برضاه لإطلاق النصوص والإباحة للفقير لما رويناه أو بالإجماع فيبقى ما وراءه
على الأصل والغني محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى
لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبي رضي الله عنه كان بإذن الإمام وهو جائز بإذنه
وإن كان الملتقط فقيرا فلا بأس بأن ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا
جاز الدفع إلى فقير غيره وكذا إذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته وإن كان هو غنيا
لما ذكرنا **كتاب الإباق** الآبق أخذه أفضل في حق من يقوى عليه لما
فيه من إحيائه وأما الضال فقد قيل كذلك وقيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك

ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف
اللقطة ثم اذا رفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق
الاباق ثانيا بخلاف الضال قال ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلثة ايام فصاعدا
فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس
ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا
ان الصحابة اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من
اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا
ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال الناس
والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى
صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ في رد ما دون السفر باصطلاحهما
او يفوض الى راي القاضي وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هي اقل مدة السفر
قال فان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال رضي الله عنه وهذا
قول محمد وقال ابو يوسف له اربعون درهما لان التقدير ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز
الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد ان المقصود حمل الغير على
الرد ليحيى مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في هذا
بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل
فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله
او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم
اطلاق الكتاب قال وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد
وقد ذكرناه في اللقطة قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ لا شيء له وهو صحيح
ايضا لانه في معنى البايع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل
بمنزلة البايع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا
ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشترى وكذا اذا باعه

باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل
تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه
ليرده فالاشهاد حتم فيه عليه على قول ابي حنيفة ومحمد حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا
جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من
الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد
انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن وان كان الآبق رهنا فالجعل
على المرتهن لانه احيى ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية
فيكون عليه والرد في حيوة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت
قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان
حقه بالقدر المضمون وصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مديونا
فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة
الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان
اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان
كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للموهوب
ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في
ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه والله اعلم

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا
يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لان القاضي
نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر بنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون
وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لاخفاء انه يقبض غلاته
والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده
لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض
في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي فانه لا يملك الخصومة

بالمقبوض ثم الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم
به قضاء على الغايب فانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان
عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى
ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها لانه لا ولاية له على الغايب الا
في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال وينفق على زوجته واولاده
من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل من
يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله في غيبته لان القضاء
حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حال حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله
في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغايب ممتنع فمن الاول الاولى
الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت
والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم
يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم
لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا
ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح
والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي وان كانا ظاهرين لا حاجة الى
الاقرار وان كان احدهما ظاهرا الوديعة والدين او النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس
بظاهر هذا هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن
المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نايبه بخلاف ما اذا دفع بامر
القاضي لان القاضي نايب عنه فان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا
جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه
للغايب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال
آخر للمفقود قال ولا يفرق بينه وبين امراته وقال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي
بينه وبين امراته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى

قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي
بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع
من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله عليه السلام في امراة المفقود
انها امراته حتى ياتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امراة ابتليت فلتصبر
حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته
والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه
رجع الى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع
مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل
بعد استمرارها سنة قال واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته
قال رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن ح وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران
وفي المروي عن ص بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء
والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امراته عدة الوفاة من ذلك الوقت
وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه مات في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي
معتبر بالحقيقي ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حياته
معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب
الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذا لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل
انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به لكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف
الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن
مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلب الابنتان
الميراث فتعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الاخر ولا يعطى ولد الابن
لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي
الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى
ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه فان كان

ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود وقد
شرحناه في كفاية المنتهى باتم من هذا **كتاب الشركة** الشركة جائزة
لان النبي عليه السلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليها قال الشركة ضربان شركة
املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما
ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه
الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب رجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او
اختلط مالهما من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التمييز راسا او الا بحرج
ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة
الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى والضرب الثاني
شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا
ويقول الآخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون
ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي على اربعة اوجه مفاوضة
وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان
فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض
كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح
الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي متساوين فلا بد من
تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر
التفاضل فيما لا يصح الشركة وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الآخر لفات
التساوي وكذا في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا
وفي القياس لا تجوز وهو قول ش وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة
بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله عليه السلام
فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يتعاملون بها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة
متحملة تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام

العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى قال فتجوز بين الحرين الكبيرين
المسلمين او الذميين لتحقق التساوي وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا
تجوز ايضا لما قلنا ولا تجوز بين الحر والعبد ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة
لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى
والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال ولا بين المسلم والكافر
وهذا قول ح وم وقال س يجوز للتساوي بينهما في الكفالة والوكالة ولا معتبر بزيادة
تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان
في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما
انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى براس المال خمورا او خنازير يصح ولو اشتراها
مسلم لا يصح ولا تجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة
الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرايطها ولا يشترط ذلك في العنان كان
عنانا لاستجماع شرايط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما وتنعقد على الوكالة
والكفالة اما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه والكفالة لتحقق المساواة
فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال وما يشتريه كل واحد
منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذلك كسوته وكذا الادام لان مقتضى
العقد المساواة وكل واحد منهما قايم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما
كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة
فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد
من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبايع ان ياخذ بالثمن
ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما
ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون
بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فما يصح فيه الاشتراك
الشراء والبيع والاستيجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد

في الصحة قال ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عنده وقالا لا يلزمه لأنه
تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من مريض يصح من
الثلث وصار كالإقراض والكفالة بالنفس وله أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء
لأنه يوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى
البقاء يصح لتضمنه المعاوضة وبالنظر إلى الابتداء لا يصح ممن ذكره ويصح من الثلث
من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لأنه تبرع ابتداء وانتهاء وأما الإقراض فعن أبي حنيفة
أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو إعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا
يصح فيه الأجل فلا تتحقق المعاوضة ولو كانت الكفالة بغير أمره لم تلزم صاحبه في الصحيح
لانعدام معنى المفاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على الكفالة بأمره وضمان الغصب
والاستهلاك بمنزلة الكفالة عنده لأنه معاوضة انتهاء قال وإن ورث أحدهما مالا تصح فيه
الشركة أو وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة
فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما
أصابه لانعدام السبب في حقه إلا أنها تنقلب عنانا للإمكان فإن المساواة
ليس بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وإن ورث أحدهما عرضا فهو له
ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لأنه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه
فصل ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال
مالك يجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضا إذا كان الجنس واحدا لأنها عقدت
على رأس مال معلوم فأشبه النقود بخلاف المضاربة لأن القياس يأباها لما فيها من
ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأنه إذا باع
كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه
ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمن ما يشتريه في ذمته إذ هي لا
تتعين فكان ربح ما يضمن ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع
أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء أحدهما شيئا بماله على أن يكون

يكون المبيع بينه وبين غيره جائز وأما الفلوس النافقة فلأنها تروج رواج الأثمان
فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد لأنها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا
يجوز بيع الاثنين بواحد بأعيانهما على ما عرف أما عندهما لا تجوز الشركة والمضاربة بها
لأن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة وروي عن أبي يوسف مثل قول محمد والأول أقيس
والظاهر عن أبي حنيفة صحة المضاربة بها قال ولا يجوز بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالتبر والنقرة
فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وذكر في الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل
ذهب أو فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح
رأس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا
ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما وهذا لما
عرف أنهما خلقا ثمنين في الأصل إلا أن الأول أصح لأنهما وإن خلقا للتجارة في الأصل
لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لأن عند ذلك لا يصرف إلى شيء آخر ظاهرا إلا أن يجري
التعامل باستعمالهما ثمنا فينزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال
ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا
خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه له ربحه وعليه وضيعته وإن خلطا ثم اشتركا
فكذلك عند أبي يوسف والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف
تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح وظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف
لأنه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد أنها ثمن من وجه حتى جاز البيع
بها دينا في الذمة ومبيع من حيث أنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالإضافة
إلى الحالين بخلاف العروض لأنها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة
والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد أن
المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة
كما في العروض وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قال وإذا
أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة

قال رضي الله عنه وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتأويله
اذا كانت قيمة متاعيهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر
ما يثبت به الشركة قال واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان
يشترك اثنان في نوع بز او طعام او يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة
فانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا ينعقد على الكفالة لان اللفظ
مشتق من الاعراض يقال عن له اي اعرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف
لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال للحاجة اليه وليس في قضية اللفظ
المساواة ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر وف لا يجوز
لان التفاضل فيه يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا
فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر رأس المال ولان الشركة عندهما في
الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار الربح بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك
ولنا قوله عليه السلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان
الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واهدى
او اكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع
الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل
او الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في
مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح
اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما ويجوز ان
يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط
فيه اذ اللفظ لا يقتضيه قال ولا تصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح به للوجه الذي
ذكرناه ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دنانير ومن الآخر دراهم وكذا من احدهما
دراهم بيض ومن الآخر سود وقال زفر وف لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط
وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله

تعالى وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا انه يتضمن
الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصيل في الحقوق قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه
معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع
عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر
وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه قال واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا
بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية
وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين
الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان
وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه في ماله فاذا فات ذلك
لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك
في يده فظاهر وكذا اذا هلك في يد الآخر لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك
على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهالك من المالين وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الآخر
قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة
وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا
للحسن بن زياد حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا تنتقض
بهلاك المال بعد تمامها قال ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بالوكالة
ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا
ثم هلك مال الآخر اما اذا هلك احدهما ثم اشترى الآخر بالمال الآخر ان صرحا بالوكالة
في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة
المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من
الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه
خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها
بخلاف ما اذا صرحا بالوكالة لانها مقصودة قال وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال

نز ووجه لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل
وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف
المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما هنا
بخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح
مع التساوي في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة في
الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم
فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال
وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة
بالتصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة
ولا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل قال ولا يجوز الشركة
اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا
يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة قال ولكل واحد من المفاوضين وشريكي
العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان يستأجر على العمل
والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه
بدا قال ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فتتضمنها وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك لانه
نوع شركة والاول اصح وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود
تحصيل الربح كما اذا استأجره باجر بل اولى لانه تحصيل بدون الضمان في ذمته بخلاف
الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله قال ويوكل من يتصرف فيه لان
التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء
حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله
قال ويده في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة
فصار كالوديعة قال واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل فالخياطان والصباغان
يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال

وقال ز ف لا يجوز لانها شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد فيه من رأس المال وهذا
لان الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على اصلهما على ما قررناه ولنا ان المقصود منه
التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا في النصف تحققت
الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فيهما
لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرنا لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال
اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن
فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما ياخذه لا ياخذه ربحا
لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل
والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يتحقق ربح بخلاف شركة الوجوه لان جنس
المال متفق فالربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة قال وما
يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل
ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها
استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة
وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل واحد
منهما مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة
في ضمان العمل واقتضاء البدل قال واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما
على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت به لانه لا يشتري بالنسيئة
الا من له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في
الابدال واذا اطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي
والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل قال وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه
لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولا ولاية فتتعين الوكالة قال فان
شرطا ان المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا
ان يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او

بالعمل او بالضمان فرب المال يستحق بالمال والمضارب بالعمل والاستاد الذي يلقي
العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الا ترى ان من قال لغيره
تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه
بالضمان على ما بيناه والضمان على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن
فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها
من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق بها **فصل** في الشركة الفاسدة
ولا يجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له
دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة
والتوكيل في اخذ المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح
نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان
لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل وان
عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر
فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند م وعند س لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في
موضعه قال واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء والكسب
بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان صاحب البغل
وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما الفساد فلانعقادها على احراز
المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى
منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره قال وكل شركة فاسدة
فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره
كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي
الاستحقاق على قدر راس المال قال واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب
بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل
بالموت وكذا بالالتحاق بدار الحرب مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على

على ما بيناه من قبل ولا فرق بينهما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي
واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة ومال
الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي **فصل**
وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة
فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني
ضامن علم باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ح وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا
اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا
الخلاف المامور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى الآمر بنفسه لهما انه مامور
بالتمليك من الفقير وقد اتى به ولا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه
زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمامور بذبح دم
الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المامور علم او لا ولابي ح
انه مامور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من
الامر اخراج النفس عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر
وهذا المقصود حصل باداءه وعري اداء المامور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل
حكمي واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس
بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر
الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه
ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ح وقالا يرجع عليه بنصف الثمن
لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء
الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان
الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه
حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك
ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة

في ضمن الاذن بشراء الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك
له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا
عليهما لما بينا وللبايع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب
بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة والله اعلم

كتاب الوقف قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يزول ملك الواقف
عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على
كذا وقال س يزول الملك بمجرد القول وقال م لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه
اليه قال رحمه الله الوقف لغة هو الحبس يقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو
في الشرع عند ح هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية
ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو
الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس
العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته
الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل
لهما قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق
باصلها لا تباع ولا توهب ولا تورث ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل
ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير
في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى
وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس ولان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع
به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا يرى ان له ولاية التصرف فيه بصرف
غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية
ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا
يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه
اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا

لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رضي الله عنه قال في الكتاب
لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه
قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه
مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه
اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت
والصحيح انه لا يلزم عند ح وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع
المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند س وهو قول ف بمنزلة الاعتاق
لانه اسقاط الملك وعند م لا بد من التسليم الى المتولي لان حق الله تعالى انما يثبت فيه في
ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا
وقد يكون تبعا لغيره فياخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة قال واذا صح الوقف
على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله صح خرج من ملك الواقف ولم
يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه
كساير املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كساير املاكه قال رضي الله عنه
وقوله خرج من ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال ووقف المشاع
جائز عند س لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال
م لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فاما
فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند م ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة
المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند س
لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما في غاية القبح بان يقبر فيه
الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف غير الوقف
لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي
عند م لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع ال
الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان

التنويع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا
جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة ولا يتم الوقف عند ح وم حتى يجعل
آخره بجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء
وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا
كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كا
التوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب
تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل
ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند س لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة
منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان
قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند م ذكر التأبيد شرط لان
هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف
الى التأبيد فلا بد من التنصيص قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رض وقفوه
ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رض وهذا على الارسال قول ح وقال س اذا وقف ضيعة
ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذلك سائر آلات الحراثة لانه تبع الارض في تحصيل
ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء
في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه
تبعا اولى وقال م يجوز حبس الكراع والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وابو س معه فيه
على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة
فمنها قوله عليه السلام واما خالد فقد حبس ادرعا له وافراسا له في سبيل الله وطلحة
حبس دروعه في سبيل الله ويروى واكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب
يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات
كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند س
لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد يقول

يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء
وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك
للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول م وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه
عندنا وقال ف كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن
الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه
على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا
من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين
فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما قال واذا صح الوقف لم يجز
بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند س فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته
اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب
في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز
نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي
يقاسم شريكه لان الولاية للواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار
خالص له فالذي يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم
يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة
فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطي جاز ويكون بقدر
الدراهم شراء قال والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف
او لم يشترط لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت
شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى
له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم واقرب اموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو
كان الوقف على رجل بعينه فاخره للفقراء فهي في ماله اي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ
من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على
الصفة التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة

الى الموقوف عليه واما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى
شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك
والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال
وان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان على ما مر وصار
كنفقة العبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها باجرتها
فاذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب
السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما
فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه
ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال وما انهدم من
بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج وان استغنى عنه امسكه حتى
يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود
الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر
عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف
ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعني النقض بين مستحقي
الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه انما حقهم في المنافع والعين حق الله
تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية
اليه جاز عند ابي س رح ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول
فهو جائز عند س ولا يجوز على قياس قول م وهو قول هلال الرازي وبه قال ف وقيل
ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسألة مبتدأة
والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل
لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض او الكل لامهات
اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز
بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهن في حيوته

حيوته كاشتراطه لنفسه وجه قول م ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي
قدمناه فاشتراط الكل او البعض لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار
كما في صدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولابي س ما روي ان النبي
عليه السلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا
بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه
واذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا ان يجعل
ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة
وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفي الصرف الى نفسه
ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الواقف ان يستبدل به
ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند س وعند م الوقف جائز والشرط باطل ولو
شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند س وعند م الوقف
باطل وهذا بناء على ما ذكرناه واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول س وهو قول هلال ايضا
وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت
له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه ان يكون هذا قول م لان من اصله
ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولي
انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد
الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون
اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه
ولو ان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان
ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان
ليس للسلطان ولا لقاض ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم
الشرع فيبطل فصل واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه
ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عن ملكه عند ح اما الافراز

فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ح وم ويشترط
تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه او لانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود
مقامه ثم يكتفى بصلوة الواحد فيه في رواية عن ح وكذا عن م لان فعل الجنس متعذر
فيشترط ادناه وعن م انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد يبنى لذلك في الغالب
وقال س يزول ملكه عنه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه
اسقاط الملك العبد فيصير خالصا لله بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه
من قبل قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق
وعزله فله ان يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله لبقاء حق العبد متعلقا
به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه
انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتابد
وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن م على عكس هذا لان المسجد معظم واذا
كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه وعن ابي س انه جوز في الوجهين حين
قدم بغداد وراى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن م انه حين دخل الري اجاز
ذلك كله لما قلنا قال وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه
يعني له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه
محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص
لله تعالى وعن م انه لا يباع ولا يوهب ولا يورث عنه اعتبره مسجدا وهكذا عن س انه
يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار
مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكر قال ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه
ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه تحرر عن حق العباد فصار خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء
كلها لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه
كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند س لانه اسقاط
منه فلا يعود الى ملكه وعند م يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع

قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغني عنه الا ان ابا يوسف
يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد اخر قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه
بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي
ح لانه لم ينقطع عن حق العبد الا يرى ان له ان ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في
الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد
الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى
من غير حكم الحاكم وعن ابي س يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط
والوقف لازم وعند م اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في
المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى
بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر والحوض ولو سلم الى المتولي صح التسليم
في هذه الوجوه لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد
فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من
يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما
قيل لانه لا متولي له عرفا وقيل هو بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه
لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة ولو جعل داره بمكة سكنى لحاج بيت الله
والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى
للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه
فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان في الغلة يحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه
من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الغني والفقير والفارق
هو العرف بين الفصلين فان اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية
بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج
الى صرف هذه الغلة لغناه والله اعلم

كتاب البيوع

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت

والآخر يقول اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار
قد استعمل فيه فينعقد به قال ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح
وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت او اعطيتك بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه
يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس
هو الصحيح لتحقق المراضاة قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار
ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهذا خيار القبول لانه لو لم يكن له الخيار يلزمه حكم
العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن
ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته
ساعة واحدة تحقيقا لليسر ودفعا للعسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى
اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة قال وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا
ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل
واحد منهما لانه صفقات معنى قال وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان
القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع
ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رح يثبت لكل واحد منهما خيار
المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر
فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة
لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج
الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه
لا يفضي الى المنازعة قال والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة
لان التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم
وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل
اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله عز وجل واحل الله البيع وعن النبي عليه السلام انه اشترى
من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه

مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهو يسلمه في بعيدها
قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز
فيصرف اليه وان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا
اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان
او يكون احدها اغلب وارجح فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة
في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف
عن العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به
من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب
مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان
فبيعوا كيف شئتم ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة بخلاف ما اذا
باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره
وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه
التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر
قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر
قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة الا ان
يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن
فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميعها او بالكيل في المجلس
ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري
بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه
وكذا اذا كيل في المجلس او سمي جميع قفزانها له الخيار كما اذا رآه ولم يكن
رآه وقت البيع قال ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي
حنيفة رح وكذا من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل
معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بيناه غير

ان يقع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم
التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة في الثاني وتفضي اليها في الاول فافترقا قال
ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء
اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه
بالموجود وان وجدها ازيد فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر
ليس بوصف قال ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة
ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء
ترك لان الذرع وصف في الثوب الا يرى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله
شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار
يقابله الثمن فلهذا ياخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه
فيختل الرضاء وان وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع
لانه صفة كما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة
درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها
من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن
فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بجميع الثمن لم يكن اخذا كل ذراع بدرهم
وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ
البيع لانه ان حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر
فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن اخذا بالمشروط
قال ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح
وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة
اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع
به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا
فرق عند ابي حنيفة رح بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما

لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة قال ومن اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هي
تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن فلو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل
النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي
حنيفة رح لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على
انهما هرويان فاذا احدهما مروي والاخر هروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل
واحد لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط
في المعدوم فافترقا قال ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم
فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول ياخذه
بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رح في
الوجه الاول ياخذه باحد عشر ان شاء وفي الوجه الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رح
ياخذه في الاول بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من
ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه ولابي يوسف رح
انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع بمنزلة ثوب على حدة وقد انتقص
ولابي حنيفة رح ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد
بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه
لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا
يجوز بيع ذراع منه فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان
اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع
ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء قال ولا
يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل فاشبه المتاع الذي فيها قال
ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى ارضا
فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء
فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري

مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي
يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة
ان لا يقطع وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم
واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بينهما اذا كان الثمر
بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين
على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها
ولم ينبت لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقيل لا يدخل
فيه وقيل يدخل فكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل
قال ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير
هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا لما قلنا وان لم يقل من حقوقها
او من مرافقها دخلا فيها اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا
بالتصريح به قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا صلاحها جاز البيع لانه مال
متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني وقيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول
اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط
القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك
الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك
لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لما قلنا واستحسنه
محمد رح للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد
لمعنى من الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها
بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى لم يتصدق
بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد
استأجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف
والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان

ان يدرك حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت
خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم
المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري
في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول
لتحصل الزيادة على ملكه قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة
خلافا لمالك لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان
الباقي معلوم بالمشاهدة قال رحمه الله قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي
اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده
يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء
الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه قال ويجوز بيع الحنطة في سنبلها
والباقلاء في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلاء
الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع الحنطة في سنبله
قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه
تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع النخل
حتى تزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه
في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه
بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه
لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدري قدر ما في السنبل قال ومن باع دارا دخل
في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح
يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه قال
واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى
هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية
ابن رستم عن محمد رح لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج

ليميز ما تعلق به حقه من غيره او يعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه
على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر
بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم
الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان
حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه
لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن
قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا حاجة الى تقديم احدهما بالدفع والله اعلم

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار
ثلثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه
كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار
ثلثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي رح وقالا يجوز
اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة
الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي
حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس
لما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلثة
جاز عند ابي حنيفة رح خلافا لزفر رح هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا
وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان
الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا
قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد
بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام
فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رح يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلثة جاز في قولهم جميعا والاصل
فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد

النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة رح على اصله في الملحق
به ونفى الزيادة على الثلث وكذا محمد رح في تجويز الزيادة على الثلث وابو يوسف رح
اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر رح
وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها مفسد
للعقد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا قال وخيار البائع يمنع خروج
المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه
ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في
مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون
المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ
البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالصحيح المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج
المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج
البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر قال الا ان المشتري لا يملكه
عند ابي حنيفة وقالا يملكه عند ابي حنيفة رح لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك
المشتري يكون زايلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة رحمه الله انه لما لم يخرج
الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد
حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار
شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فيه ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من
غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا
اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع
الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف
ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والمبيع موقوف
قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لا يملكها لما له
من الخيار وان وطئها له ان يردها لان الوطي بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطي

ينقصها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ينفسخ النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردها لان
وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتنى على وقوع
الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في المدة
ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت
لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة
لا يجتزئ به عن الاستبراء عنده ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب الاستبراء عليه عنده
وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير
ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند
البائع فهلكت في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك
وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا
ماذونا له فابرأه البائع عن الثمن في المدة بقي على خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك
والماذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو
ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما
لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه لم تملكها فلا يملكها
باسقاط الخيار وهو مسلم **قال** ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة وله ان يجيز
فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر حاضرا عند ابي
حنيفة رحمه الله ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وانما
كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة
ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد
بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه
غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا
كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة
لانه لا الزام فيه ولا نقول بانه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا

ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم
الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ **قال**
واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي يورث عنه لانه حق
ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة
وارادة فلا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث
استحق المبيع سليما فكذا الوارث اما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث
ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار **قال** ومن اشترى وشرط الخيار
لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز
استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لان الخيار من مواجب العقد واحكامه
فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا
يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه
تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما
نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الاخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه
غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى
وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه ووجه الثاني ان
الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما
التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف واستخرج ذلك
مما باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف رح
يعتبرهما **قال** ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فسد
البيع فان باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة
على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في
الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد
مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل

الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن
معلوم وقبول العقد الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير
مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين
والرابع ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن
قال ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز
وكذلك الثلثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل
لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى
دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار
من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البايع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى
ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها
والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها
غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما
ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع
الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا
لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة
معلومة ايتهما كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى
احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والآخر امانة والاول تجوز واستعارة
ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد
بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة
فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد
احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث فاما خيار
الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل **قال** ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار
اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره

اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك
سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا
وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رحمه الله خاصة **قال** واذا اشترى الرجلان
عبدا على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته
لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج
عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس
من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد **قال** ومن
باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع
الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته
يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض
فلا يفسد بفواته العقد بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف
السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها
تابعة في العقد على ما عرف **باب خيار الرؤية** **قال** ومن اشترى
شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده وقال
الشافعي رح لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى
شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم
يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم رآه
له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم انه
عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا
يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت **قال** ومن باع ما لم يره فلا خيار له
وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان
لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك

بالرؤية فلم يكن البايع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء فلا
يثبت قبله وروي أن عثمان رضه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة إنك
قد غبنت فقال لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره وقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال لي
الخيار لأني بعت ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله
وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ثم إن كان تصرفا لا يمكن
رفعه كالإعتاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والإجارة
يبطله قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وإن كان تصرفا لا
يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية
لأنه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا قال ومن نظر إلى
وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطويا أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار
له والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على
العلم بالمقصود ولو دخل في البيع أشياء فإن كان لا تتفاوت آحادها كالمكيل والموزون
وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقي أردى مما رأى
فحينئذ يكون له الخيار وإن كان تتفاوت آحاده كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد
والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير
لكونها متقاربة إذا ثبت هذا فنقول النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية
لأنه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في
طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في
الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم
والأول هو المروي عن أبي يوسف رح وفي شاة اللحم لا بد من الجس لأن المقصود وهو اللحم
يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لأن ذلك
هو المعرف للمقصود قال وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها

بيوتها وكذلك إذا رأى خارج الدار أو أشجارها أو بستانها من خارج وعند زفر رحمه الله لا بد
من دخول داخل البيوت والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الأبنية فإن
دورهم لم يكن متفاوتة يومئذ فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت
والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده
إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هما سواء
وله أن يرده قال رضي الله عنه معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط
الخيار بالإجماع لهما أنه توكيل بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار
كخيار العيب وخيار الشرط والإسقاط قصدا فيما إذا قبضه مستورا وله أن القبض
تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورا وهذا لأن تمامه
بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل لإطلاق
التوكيل وإذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصدا
بعد ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط
على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو
المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئا وإنما إليه
تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض إذا كان رسولا في البيع والشرا قال وبيع الأعمى
وشراؤه جائز وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط
خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس وبشمه إذا كان يعرف بالشم وبذوقه
إذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لأن
الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن أبي يوسف رح إذا وقف في مكان لو
كان بصيرا لرآه فقال قد رضيت سقط خياره لأن التشبه يقام مقام الحقيقة في
موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الأخرس في الصلوة وإجراء الموسى
مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا
أشبه بقول أبي حنيفة رحمه الله لأن رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا قال ومن رأى

احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما لا يكون رؤية
الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا
للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا
يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل قال ومن مات وله خيار الرؤية
بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط قال ومن رأى شيئا
ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل
له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضاء به وان
وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا
في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على
ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري
ينكره فيكون القول له قال ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه
لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد
ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب
لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة
ولو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله
وعن ابي يوسف رح انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار
ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة
فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر
به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به عيب كان عند البائع
ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به قال وكل ما اوجب نقصان
الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع

في معرفته عرف اهله قال والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب
ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت
عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره يرده لانه عين ذلك وان حدثت
بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر
فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر
لحب اللعب والسرقة لعدم المبالاة وهما في الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من
يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا قال والجنون في الصغر
عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه او
في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن
وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان
قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود
قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود الاستخدام
ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب قال والزنا وولد الزنا عيب في الجارية
دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود
في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له بان زنا اكثر من مرتين على ما قالوا
لان اتباعهن يخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته
ولانه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما
لا يرده لانه زوال العيب فلو كانت جارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب
لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع
عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رح ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول
البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح قال واذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على
عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع
لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان

إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به
عيبا رجع بنقصان العيب لأنه امتنع الرد بالقطع فإنه عيب حادث فإن قال البائع أنا
أقبله كذلك كان له ذلك لأن الامتناع لحقه وقد رضي به فإن باعه المشتري لم يرجع
بشيء لأن الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان
فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع
بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها لأنها لا
تنفك عنه ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا وليس للبائع
أن يأخذه لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه فإن باعه المشتري بعدما رأى العيب رجع
بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا
إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان
ولو كان الولد كبيرا يرجع لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة وفي الثاني بعده بالتسليم
إليه قال ومن اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه أما
الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع
لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لأن الإعتاق إنهاء الملك
لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلا للملك وإنما يثبت الملك فيه موقتا إلى الإعتاق فكان
إنهاء فصار كالموت وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر
والتدبير والاستيلاد بمنزلته لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمي وإن أعتقه على
مال لم يرجع بشيء لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة رح أنه
يرجع لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض فإن قتل المشتري العبد أو كان طعاما فأكله
لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رحمه الله أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رح
أنه يرجع لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف أنفه
فيكون إنهاء ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضمونا وإنما يسقط الضمان ههنا
باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان

الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبدا مشتركا قال وأما الأكل فعلى الخلاف فعندهما
يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق لهما
أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الإعتاق وله أنه تعذر
الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا ألا ترى
أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب
فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما
أنه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض قال
ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا فكسره فوجده فاسدا فإن
لم ينتفع به رجع بالثمن كله لأنه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح
قشره على ما قيل لأن ماليته باعتبار اللب قال وإن كان ينتفع به مع فساده
لم يرده لأن الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الإمكان
وقال الشافعي رح يرده لأن الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه
فصار كما إذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لأنه
لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وإن كان
الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد
قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فإن قبل بقضاء القاضي بإقرار أو بينة
أو بإباء يمين له أن يرده على بائعه لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية الأمر أنه
أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت
بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لأن
البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني لا ينفسخ الأول فإن قبل بغير
قضاء القاضي ليس له أن يرده لأنه بيع جديد في حق ثالث وإن كان فسخا في حقهما والأول
ثالثهما وفي الجامع الصغير وإن رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم
الذي باعه وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث مثله سواء وفي بعض

روايات المبسوط أنه فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول قال
ومن اشترى عبدا وقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم
المشتري بينة لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن
أولا ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع ولأنه لو قضي بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء
فلا يقضي به صونا لقضائه عن النقض فإن قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع
ودفع الثمن يعني إذا حلف لأن في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر لأنه على حجته
أما إذا نكل ألزم العيب لأنه حجة فيه قال ومن اشترى عبدا فادعى إباقا لم يحلف البائع حتى يقيم
المشتري البينة أنه أبق عنده والمراد التحليف على أنه لم يأبق عنده لأن القول وإن كان
قوله ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة فإذا أقامها
حلف بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق قط كذا قال في الكتاب وإن شاء حلفه بالله ما له
حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط أما لا يحلف بالله لقد باعه
وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشتري
لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والأول ذهول عنه
والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع
ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع على ما يعلم أنه أبق
عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة رح لهما أن الدعوى معتبرة
حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى
صحيحة وليس تصح إلا من خصم ولا يصير خصما فيه إلا بعد قيام العيب وإذا نكل عن اليمين عندهما
يحلف للرد على الوجه الذي قدمناه قال العبد الضعيف رح إذا كانت الدعوى في إباق الكبير
يحلف ما أبق عنده منذ بلغ مبلغ الرجال لأن الإباق في الصغر لا يوجب الرد بعد البلوغ
قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها
وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لأن الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون
القول للقابض كما في الغصب وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما

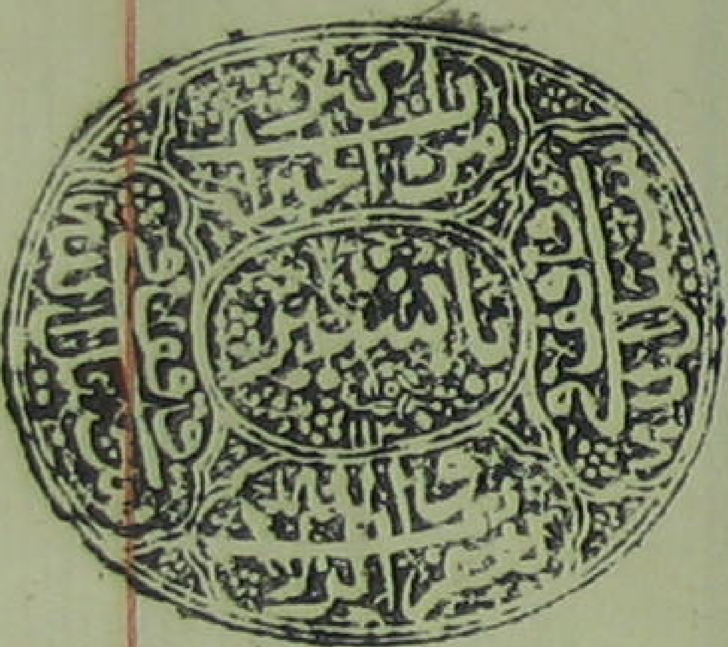
لما بينا قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا
فإنه يأخذهما أو يدعهما لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقا قبل التمام وقد
ذكرناه وهذا لأن القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد
بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن أبي يوسف رح أنه يرده خاصة والأصح أنه يأخذهما
أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما
تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما
عيبا رده خاصة خلافا لزفر رح هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لأن
العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا أنه
تفريق بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به
على ما مر ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر قال ومن اشترى شيئا مما يكال
أو يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله ومراده بعد القبض لأن المكيل إذا كان
من جنس واحد فهو كشيء واحد ألا يرى أنه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا إذا
كان في وعاء واحد فإن كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد
فيه العيب دون الآخر ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض
والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا إذا
كان بعد القبض أما إذا كان قبل القبض فله أن يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام قال وإن
كان ثوبا فله الخيار لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق
بخلاف المكيل والموزون قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها أو كانت دابة فركبها
في حاجته فهو رضا لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار
هنالك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وإن ركبها ليردها
على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفا فليس برضا أما الركوب للرد فلأنه سبب
الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد بدا منه لصعوبتها
أو لعجزه أو لكون العلف في عدل واحد أما إذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون

مجانا قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ
الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف
اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب
عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد
فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في
يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب
وجد في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق
وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر
من المسئلة ممنوع ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان
كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله
فبثلثة ارباعه لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احديهما الرجوع
فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما
في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه لانه بمنزلة العيب
وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على
قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا وشرط البراءة
من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي رح
لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء
معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي
الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا يكون مفسدا ويدخل
في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رح وقال محمد رح
لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رح لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رحمه الله
ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع

فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال
رض هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تع فنقول البيع بالميتة
والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء
لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال
بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه
يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض
يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي
حنيفة رح والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد
يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي
وسنبينه ان شاء الله تع وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون
محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان
كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير
ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر
باهانته وترك اعزازه وفي تمليكه بالعقد مقصودا اعزاز له وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم
فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط
التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب
بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر
حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر
شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه
باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب
الحرية انعقد في المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه
لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع
ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي



وقد ذكرناه في العتاق وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا قال ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ ولو ارسله من يده فغير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رح في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه قال وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكر القطع او لم يذكره لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البزر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع عين موجود

موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض وكذلك العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رح يجوز فيما دون اوسق لانه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان يبيع المعرى له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لا يملكه فيكون برا مبتدأ قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث البيع بالقاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان يأخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بتفاصيله قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذه اولى قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رح ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه من الهوام وعند ابي يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز لمكان الضرورة

وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة كما في دوده والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز
معها لأنه مال مقدور التسليم قال ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولأنه لا يقدر
على تسليمه قال إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده لأن المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو
أن يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري
انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد إذا كان في يده وكان
أشهد لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض المبيع ولو كان لم يشهد يجب
أن يصير قابضا لأنه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني لا يجوز لأنه آبق في حق
المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك
العقد لأنه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رح أنه يتم العقد
إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما إذا
أبق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رح قال ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي رح يجوز بيعه
لأنه مشروب طاهر ولنا أنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع
ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة وعن أبي يوسف رح أنه يجوز بيع لبن الأمة
لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلا رق
فيه لأنه يختص بمحل القوة التي هي ضد الموت وهو الحي ولا حياة في اللبن قال ولا يجوز بيع
شعر الخنزير لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة
فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى البيع ولو وقع في الماء
القليل أفسده عند أبي يوسف رح وعند محمد لا يفسده لأن إطلاق الانتفاع به دليل
طهارته ولأبي يوسف رح أن الإطلاق للضرورة فلا تظهر إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع
تغايرها ولا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع بها لأن الآدمي مكرم غير مبتذل
فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا مبتذلا وقد قال صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة
والمستوصلة الحديث وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن
قال ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لأنه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا

من الميتة بإهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلاة ولا بأس
ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لأنها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة
ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع
بذلك كله لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير
نجس العين عند محمد رح وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال وإذا
كان السفل لرجل والعلو لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو
علوه لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه والمال هو المحل للبيع
بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو
اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من
الثمن على ما ذكرناه في كتاب الشرب قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء
وهبته باطل والمسألة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل
فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسألتين أن الطريق معلوم لأن له طولا وعرضا
معلوما أما المسيل فمجهول لأنه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وإن كان الثاني ففي بيع
حق المرور روايتان ووجه الفرق على إحدى الروايتين بينه وبين حق التسييل أن حق
المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق وأما التسييل على السطح فهو نظير حق التعلي
وعلى الأرض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على إحدى الروايتين
أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين
تبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان قال ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما
بخلاف ما إذا باع كبشا فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتنى على الأصل الذي
ذكرناه في النكاح لمحمد رح وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس
يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد
لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب وفي مسألتنا
الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض وفي الحيوان جنس واحد

للتقارب فيما هو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس ونحو ذلك ويجري على
ما قالوا جنسنا مع اتحاد اصلهما ومن اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها
ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رح يجوز لان
الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل
الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رض لتلك المراة وقد باعت
بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله
تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل
اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض
لان الفضل انما يظهر عند المجانسة قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى
معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع
ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا
الاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد
لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طار لانه يظهر بانقسام
الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه
مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز
لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف
وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه
ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر
اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة قال
واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او بشرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز على المسلم
وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا الخلاف توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا
يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة
ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام

الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا سيبه قال ومن باع
عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد
لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال
كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل
شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق
يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي
الى الربوا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان
العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده
هو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا
يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد
لان قضية العقد الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة
للمعقود عليه والشافعي رح وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة
فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه
فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة
وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا
تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رح ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه
ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع
بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر الفساد فاذا وجد العتق
تحققت الملائمة فيرجح جانب الجواز وكان الحال قبل ذلك موقوفا قال وكذلك لو باع عبدا على
ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على
ان يهدي له هدية فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد
المتعاقدين ولان النبي عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كانت الخدمة والسكنى
يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى

النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة **قال** ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى
راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا
لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان ومن اشترى جارية الا حملها
فسد البيع والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل
من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولهما
والاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة
والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن
في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء
الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا
تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث
والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها ومن اشترى
ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر ومن اشترى نعلا
على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس
ووجهه ما بيناه وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع
والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد
لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه
معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم
بالايام معلومة فلا جهالة ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس
والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة
متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولانه معلوم الاصل
الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف
البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى

الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل الدين وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة
ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال ثم
تراضيا باسقاط الاجل قبل ان يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز
البيع ايضا وقال زفر لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل
في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في
شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط
الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد
غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه
لانه خالص حقه **قال** ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والذكية وان
جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند
الثلاثة وقال زفر رح يفسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد
كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما
ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين اجنبية واخته في النكاح
بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين
ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول
في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة
واما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في
عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام
الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح الا ان المالك باستحقاقه البيع وهؤلاء باستحقاقهم
انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك
احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء
ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد **فصل في احكامه** واذا قبض المشتري

المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته
قيمته وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولأن النهي نسخ
للمشروعية للتضاد بينهما ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما إذا باع بالميتة أو باع
الخمر بالدراهم ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فوجب القول بانعقاده
ولا خفاء في الأهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا
لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك إنما المحظور ما يجاوره كما
في البيع وقت النداء وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور
إذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ولأن السبب قد ضعف
لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة
ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر أن في الخمر الواجب
هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر إلا
أنه يكتفى به دلالة كما إذا قبضه في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح لأن البيع تسليط منه
على القبض فإذا قبضه في مجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق
وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد
منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر
والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم وفي ذوات الأمثال يضمن
مثله لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لأن المثل صورة ومعنى أعدل
من المثل معنى **قال** ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر
لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد
لقوته وإن كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد إلا أنه لم تتحقق
المراضاة في حق من له **قال** فإن باعه المشتري نفذ بيعه لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط
حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الأول لحق الشرع وحق العبد يقدم لحاجته ولأن
الأول مشروع بأصله دون وصفه والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف

الوصف ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لأن كل
واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع **قال** ومن
اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا أنه ملكه
بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالإعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد
على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك
الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار ورفع الفساد
عذر ولأنها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا **قال** وليس للبائع في البيع
الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن لأن المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن
قال وإن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لأنه يقدم عليه في حياته
فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها
بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد وهو الأصح لأنه بمنزلة مال الغصب وإن كانت مستهلكة
أخذ مثلها لما بينا **قال** ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند أبي
حنيفة رحمه الله رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما أن حق الشفيع
أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف
الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى وله أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد
حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لأنه لم
يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في
حفظه الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فإن حق
الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف ومن اشترى جارية
بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في
الثمن والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم
والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب

التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من
حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك ينقلب الحقيقة شبهة
والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها **قال** وكذا اذا
ادعى على رجل مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في
الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية
ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

فصل فيما يكره

قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد الرجل في الثمن
ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا **قال** وعن السوم على سوم غيره
قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك
ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاما اذا لم يركن
احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد فلا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا
قال وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر فلا بأس به الا اذا
لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر **قال** وعن بيع الحاضر للبادي فقد
قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز وهو ان يبيع
من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام
الضرر **قال** والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي
على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة **قال** كل ذلك يكره
لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط
الصحة **قال** ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم
باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه **فرع منه**
قال ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك
ان كان احدهما كبيرا والآخر صغيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق
الله بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب النبي عليه السلام لعلي غلامين اخوين ثم
قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد
ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده وكان في بيع احدهما قطع
الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع
معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل
فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده
ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع
واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين
ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به **قال** فان فرق كره
ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه
انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد
ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام
وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح ان
النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين والله اعلم

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام
من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فيملكان
رفعه دفعا لحاجتهما فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول
والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن
جعله فسخا فتبطل وهذا عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف هو بيع الا ان لا يمكن
جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند محمد رح هو فسخ الا اذا تعذر
جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال
اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع في
حق ثالث ولابي يوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا

ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة
ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا
يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان
وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة
اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا فنقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول
لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل
بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن
اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت
الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون
بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد رح جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان
قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رح لانه هو الاصل عنده وعند
محمد رح هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل
وا قال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا
ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح ويجعل التسمية
لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان
الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذا عند ابي يوسف في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا
عنده لامكان البيع فان بيع العقار عنده جائز قبل القبض قال وهلاك الثمن لا يمنع
صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع
دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في باقيه لقيام البيع فيه وان تقايضا
تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان
المبيع باقيا

باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد
الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من

غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة
الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي
المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان
مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي عليه السلام لما
اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رض بعيرين فقال عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء
فقال عليه السلام اما بغير ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما
له مثل لانه اذا لم يكن له مثل فلو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة
ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل الموصوف جاز لانه يقدر
على الوفاء بما التزمه وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه براس المال وببعض
قيمته لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار
والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء
براس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل
وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة
اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون
كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء البيت حفظا لانه لا يزيد في العين
والمعنى وبخلاف اجر التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته وان اطلع المشتري
على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء
تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف يحط فيهما وقال
محمد رح يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب
فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف رح ان الاصل
فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة
على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه
يحط في التولية قدر الخيانة من راس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رحمه الله

انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط
وفي المرابحة لو لم يحط يبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول
بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات
الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب
لانه مطالب بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم
اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن
لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى
بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي
بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا
وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع
الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رح ان شبهة
حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتاكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور
على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح
لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل
ثالث لان التاكد حصل بغيره قال واذا اشترى العبد الماذون له في التجارة ثوبا بعشرة
وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك
ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر
عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل
الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال واذا كان مع المضارب
عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه
مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا
لزفر مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد
يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع

البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي
ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف
تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع
البضع لا يقابلها الثمن والمسألة فيما اذا لم ينقصها الوطي وعن ابي يوسف رح
في الفصل الاول انه لا يبيعه من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رح
فاما اذا فقأ عينها او فقأ الاجنبي فاخذ ارشها لم يبيعها مرابحة حتى يبين لانه
صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة
جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق
نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه قال
ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء
رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة
في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام
على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب وان استهلكه
ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن قال وان كان ولاه اياه
ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول
وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما بيناه وعن ابي يوسف انه يرد القيمة
ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق
وسياتيك من بعد وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن
الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط
وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم
المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع يعني في المجلس فهو
بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس
جعل كابتداء العقد وصار كتاخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل

الاصل ونظيره مع الشيء بجمله اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله بعدم
العلم فيتخير كما في خيار الرؤية **فصل** ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز
له بيعه حتى يقبضه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد
على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول فصار كالاجارة ولهما
ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول
والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة
قيل على هذا الاختلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر
قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة
او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع
المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبايع والتصرف في مال الغير حرام
فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة
لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البايع قبل البيع
وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البايع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد
البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم
الا بحضرته ولو كاله البايع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث
فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق
معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ولو اشترى
المعدود عدا فهو كالمذروع فيما روي عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما
يروى عن ابي حنيفة رح لانه لا يحل له الزيادة على المشروط **قال** والتصرف في الثمن قبل
القبض جايز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم
تعينها بالتعيين بخلاف المبيع **قال** ويجوز للمشتري ان يزيد للبايع في الثمن ويجوز

ويجوز للبايع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع
ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي
لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح
الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذلك الحط لان كل
الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدا ولنا انهما بالحط والزيادة
يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما
ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد
العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف
حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا يكون
الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة
ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان
ياخذ بدون الزيادة لان في الزيادة ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح
بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه والشيء
يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد
استنادا **قال** ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه
فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله
الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة
كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل **قال** وكل دين حال
اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة
في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة
في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى
اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا
اوصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه

قبل غيره لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى والله اعلم

باب الربوا قال الربوا في كل مكيل او موزون بيع بجنسه فالعلة
الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل
والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد
والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة
على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر
ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القايسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند
الشافعي رح الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص
والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة
والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم
لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك
فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود
بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس
عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة
بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى
فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في
المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره
سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم
وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون
التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا فنقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه
مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما روي مكان
قوله عليه السلام مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا
لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت

في الوصف ولا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار
ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي
العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة
لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا
كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية
قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة
المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد
احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة
في شعير فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما وقال الشافعي رح الجنس
بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة
الفضل غير مانع حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من
وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربوا وهي
مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما
لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين
والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة
وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا
فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة
وهي غير معتبرة قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل
فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح
وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان
النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات
الناس لانها دلالة وعن ابي يوسف رح انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان
النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع

الحنطة بجنسها متساويا وزنا وكذا الذهب بجنسه مماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا
ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة
ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه
ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى تحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر
المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل
في الوزن بمنزلة المجازفة قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض
عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين
الفقه في الصرف قال وما سواه فيما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض
خلافا للشافعي رح في بيع الطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد
ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربوا ولنا
انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما
هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين
به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت رض
وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المالية عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع
البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا
والشافعي رح يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين
باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا
يبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا يتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع
الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية
للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية يتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا
لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين
بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالكالي بالكالي وقد
نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء قال ولا

يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء
الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوي بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل
حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا
كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رح متفاضلا ولا متساويا
لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة
من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو
التغذي يشملهما ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة قال
ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح اذا باعه بلحم من جنسه
لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط
اذ لو لم يكن كذلك ليتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار
كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا
يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسألة لان
الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال ويجوز
بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل
عنه اينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام
حين اهدي اليه رطبا اوكل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو
كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام اذا
اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رواه على زيد بن عياش وهو ضعيف
عند النقلة وكذا الزبيب بالعنب يعني على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق
اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه
بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع
بالمنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز جميع ذلك لانه
معتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف

عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما وجه الفرق
لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء
البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك
فيكون تفاوتا في المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم
فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر
بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر لان هذا
الاسم له من اول ما ينعقد صورة لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة
لا يجوز للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت
والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك
يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير
وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه
كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا
في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع قال ويجوز بيع اللحوم المختلفة
بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد
وكذا المعز مع الضان وكذا العراب مع البخاتي قال وكذلك البان البقر والغنم وعن الشافعي رحمه الله انها
جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالاخر في الزكوة
فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة قال وكذلك خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين
اصليهما فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان
لاختلاف المقاصد قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف
الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا
لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه قال لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت
الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة جاز عند ابي يوسف وعليه الفتوى وكذا

وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتاخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند
ابي يوسف رحمه الله يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال ولا ربوا بين المولى
وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان مأذونا له
ولم يكن عليه دين وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى عند ابي حنيفة
وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه
قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما
الاعتبار بالمستامن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار
الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن
فيه غدر بخلاف المستامن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل
قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى
دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والدار والبيت فاسم الدار ينتظم
العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت
اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص
عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتاتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون
فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت
لا يدخل فيه بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى
خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل
الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما
ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قال
ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان اشتراه بكل حق هو له او
بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل

بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ لا يستاجر المشتري الطريق
عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه
لان المشتري لا يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فتحصل الفائدة **باب الاستحقاق**
ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان
اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة
فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار فحجة قاصرة يثبت
الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له
ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل
فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا اذا كان الولد في يد
غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا **قال** ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد
للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على
العبد شيء وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع
وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف
انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار
كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسألة الثانية ولهما ان المشتري شرع
في الشراء معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء
ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما
لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو
موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن
ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف
الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسألتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا
فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسألة
ضرب اشكال على قول ابي حنيفة لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد

يفسد الدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى ليس بشرط عنده لتضمنه
تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع
في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات
الثلاث قبل الخلع والمكاتب تقيمها على الاعتاق قبل الكتابة **قال** ومن ادعى حقا في دار
معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع
بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم
فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة
المبدل ودلت المسألة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا
تفضي الى المنازعة **فصل في بيع الفضولي** قال ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك
بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رح لا ينعقد لانه لم يصدر عن
ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه
تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل
فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن
الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن
ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع **قال** وله الاجازة اذا كان المعقود عليه
باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام
العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل
لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا
للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان
كان عرضا معينا انما يصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة
عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته لانه شراء
من وجه والشراء لا يتوقف واذا هلك المالك لا ينفذ باجازة الورثة في الفصلين لانه توقف على
اجازة المورث بنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز

البيع في قول أبي يوسف أولاً وهو قول محمد رحمه الله لأن الأصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف وقال
لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك قال
ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز استحساناً وهذا
عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام
لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستنداً وهو ثابت
من وجه دون وجه والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب
ثم يؤدي الضمان ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع وكذا لا يصح بيع المشتري
من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذاً حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان وكذا لا
يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان ولهما أن الملك قد ثبت
موقوفاً بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الإعتاق مرتباً عليه
وينفذ بنفاذه وصار كإعتاق المشتري من الراهن وكإعتاق الوارث عبداً من التركة وهي
مستغرقة بالديون يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه
لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق
وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلاً وبخلاف المشتري من الغاصب إذا باع لأن
بالإجازة يثبت للبائع ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله وأما إذا أدى الغاصب
الضمان ينفذ إعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الأصح قال فإن قطعت يد العبد
فأخذ أرشها ثم أجاز المولى البيع فالأرش للمشتري لأن الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين أن
القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد رحمه الله والعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الأرش
كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرش ثم رد في الرق يكون الأرش للمولى وكذا إذا قطعت
يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالأرش للمشتري بخلاف الإعتاق على
ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك قال
فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولأن فيه غرر
الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به بخلاف الإعتاق عندهما

عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر قال فإن لم يبع المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما
ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب
البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقياً ببقاء البدل لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكاً يقابل
بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لأن ملك المشتري ثابت فأمكن إيجاب البدل له
فيكون المبيع قائماً بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البينة على
إقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في
الدعوى إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وإن أقر
البائع بذلك عند القاضي بطل البيع إن طلب المشتري ذلك لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار
فللمشتري أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال
رضي الله عنه وذكر في الزيادات أن المشتري إذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على إقرار البائع
أنه للمستحق تقبل وفرقوا أن العبد في هذه المسألة في يد المشتري وفي تلك المسألة في يد غيره
وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشتري قال ومن باع دار رجل
وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف آخراً وكان أولاً يقول
~~وهو قول أبي يوسف آخراً وكان أولاً يقول~~ يضمن البائع وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار
كما سنبينه في الغصب إن شاء الله

باب السلم

السلم عقد مشروع
بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها
أطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم الآية وبالسنة وهو ما روي
أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم والقياس وإن كان يأباه
ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه قال
وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم
إلى أجل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير
لأنهما أثمان والمسلم فيه لا بد أن يكون مثمناً فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلاً
وقيل ينعقد بيعاً بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان والعبرة في العقود

للمعنى والأول أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه ولا ممكن قال وكذا في
المذروعات لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة
فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لأن العددي
المتقارب معلوم مضبوط الصفة مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء
لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لأنه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا
وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن أبي حنيفة رح أنه لا يجوز في بيض
النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر
لا يجوز كيلا لأنه عددي وليس بمكيل وعنه أنه لا يجوز عددا أيضا للتفاوت ولنا أن المقدار
مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وإنما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما
وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد رح لا يجوز لأنها
أثمان ولهما أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما ولا تعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل قال
ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رح يجوز لأنه يصير معلوما ببيان الجنس والسن
والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب ولنا أنه بعد ذكر ما ذكر يبقى
تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة بخلاف الثياب لأنه مصنوع
العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد وقد صح أن النبي عليه السلام نهى
عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير قال ولا في أطرافه كالرؤوس
والأكارع للتفاوت إذ هو عددي لا معيار له قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما
ولا في الرطبة جرزا للتفاوت إلا إذا عرف ذلك بأن بين طول ما يشد به الحزمة أنه شبر
أو ذراع فحينئذ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه
موجودا من حين العقد إلى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو على
العكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي رح يجوز إذا كان موجودا
وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في
الثمار حتى يبدو صلاحها ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في

في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل وإذا انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار إن شاء فسخ
السلم وإن شاء انتظر وجوده لأن السلم قد صح والعجز طارئ على شرف الزوال
فصار كإباق المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا
معلوما لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم إذ هو غير منقطع ولا
يجوز السلم فيه عددا للتفاوت ولا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه وزنا معلوما
وضربا معلوما لأنه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا
وإنما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن أبي حنيفة رح أنه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي
التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رح
وقالا إذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لأنه موزون مضبوط الوصف
ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل بخلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن
وصف موضع منه وله أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في سمنه وهزاله على
اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه
الثاني وهو الأصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعدل
من القيمة ولأن القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته أما الوصف فلا يكتفى به
قال ولا يجوز السلم إلا مؤجلا وقال الشافعي رح يجوز حالا لإطلاق الحديث ورخص
في السلم ولنا قوله عليه السلام إلى أجل معلوم فيما روينا ولأنه شرع رخصة دفعا لحاجة
المفاليس فلا بد من الأجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم
لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز إلا بأجل معلوم لما روينا ولأن الجهالة
فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع والأجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف
يوم والأول أصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه إذا
لم يعرف مقداره لأنه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد
أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فإن كان مما
ينكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن أبي يوسف

قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا قدرة على التسليم
واليه اشار صلعم حيث قال ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة
الى قرية لبيان الصفة لا باس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة قال
ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رح الا بسبع شرائط تذكر في العقد جنس معلوم كقولنا
حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او ردي
ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما
رويناه والفقه ما بيناه ومعرفة مقدار راس المال اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره
كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة
وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع
العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن
والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعرف
قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد راس المال والموهوم
في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع وصف
فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين راس مال كل واحد منهما
او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود
العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه فيه مكان آخر فيصير نظير اول اوقات الامكان
في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة رح ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين
بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء
تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ
ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية
العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا
مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا
كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان العقد وكان تسليم

تسليم الدابة للايفاء قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء
بالاجماع لانه لا يختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضه هذا رواية الجامع
الصغير والبيوع وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها
سواء ولا وجوب في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد
سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه
كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه فيه اما
اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى رسول الله صلعم عن الكالي بالكالي
وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل
فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم راس المال ليتقلب
المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما
او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا عن الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه
خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض واذا اسقط خيار الشرط
قبل الافتراق وراس المال قائم جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها
في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة
على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم
في حصة الدين باطل لفوات القبض ولا يشيع الفساد لان الفساد طار اذ السلم وقع صحيحا
ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين
لا يتعين في البيع الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع
فينعقد صحيحا قال ولا يجوز التصرف في راس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول
فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في
المبيع قبل القبض لا يجوز ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه قبل قبضه لانه تصرف فيه
قال فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله
عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل

التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم
فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس
لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رح والحجة عليه ما ذكرنا قال ومن اسلم
في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء
وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت
الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى
يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض
المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه
في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا
فامره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين
المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله
المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قبضا لان الامر بالكيل لم يصح
لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا
للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا
ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا
لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن كان
الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر
في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ويكتفى
بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري
ولو امره في الشراء ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره
ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في
ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يد البائع فلم يصر المشتري قابضا ولو
اجتمع العين والدين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر

الامر فيه واما الدين فلانه اتصل بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان
يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار وان
بدأ بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه
قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رح فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي
به من جهته لجواز ان يكون مراده البداءة بالعين وعندهما بالخيار ان شاء نقض
البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ومن
اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه
قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء
العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت
الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ
العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها
ولو اشترى جارية بالف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد
موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها
فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث
تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه قال ومن اسلم
الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا
فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على راس
المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رح لانه
يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة
وسنقرره من بعد قال ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل
فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد
لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد راس المال بخلاف عدم الوصف
وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه منكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة

كرب المال اذا قال المضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت
لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة رح
القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة
ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى الصحة
استحقاق الربح اما السلم لازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه
بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده
وعندهما للمنكر وان انكر الصحة قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين عرضا وطولا ورقعة
لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير فلا بد من بيان وزنه
ايضا لانه مقصود فيه فلا بد من تبيينه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان آحادها
تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم
بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمي ملبنا معلوما لانه عددي متقارب
لا سيما اذا سمي الملبن قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم
فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه
لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في
طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم وان كان لا
يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا
للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا
لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى اذا جاء
به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار
حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو
بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره
في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة رح ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود
عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف رح انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا

ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله قال
ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه
بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند
ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة
للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع
فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رح انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع
لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى مسائل
منثورة قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن
ابي حنيفة رح لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب
ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا
ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة
واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول
على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون
البيع ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل
ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين
لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين
ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم
على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال
في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رض ولوهم بيعها
وخذوا العشر من اثمانها ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن
لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة
من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالالف ولا شيء على الضمين واصله ان
الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله

الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال
الشافعي رح لا يجوز بيعه

لانه تغير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا
ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي البيع بدونها فيصح
اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن
وجد شرطها فصح وان لم يقل لم يوجد فلم يصح قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى
زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال
وهذا قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها
فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالعيب الحقيقي وجه الاستحسان
ان في الحقيقة استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا ومن اشترى عبدا
فغاب فاقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع
لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين
هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا
بحقه وان تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع
لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري
لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر
ان يدفع الثمن كله ويقبضه فاذا حضر الآخر لم ياخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض نصيبه
وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي
عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه
الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر
يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له حق الحبس الى ان يستوفي حقه كالوكيل
بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى جارية بالف مثقال من ذهب وفضة
فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة
مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب

الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى
الوزن المعهود في كل واحد منهما قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا
وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته
بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما
انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا
يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب
ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال واذا افرخ طير في ارض رجل
فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده
اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل
الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه
لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم
في ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه
تبعا لارضه كالشجر النابت فيه وكالتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء والله اعلم بالصواب

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من
جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة
او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل
ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب
لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب
مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربا الحديث وقال جيدها ورديها سواء وقد
ذكرناه في البيوع قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه
وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي
بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا ولان احدهما ليس

باطل في الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب
او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة
عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق
بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا
يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض
رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز
التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا
هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط
وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا
وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل
تقرره ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض
العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى
وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله لان الدراهم لا تتعين فينصرف
العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء
سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس
من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة
لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه
مجازفة لما فيه من احتمال الربوا **قال** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها
طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن
الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو
اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف
جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة
درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان

وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد
يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما وقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لمالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما والمراد احدهما
فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيه
وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف
وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع
فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او
اقل منه او لا يدري لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله وجهة الفساد من وجهين فترجحت
قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما
قبض وكان الاناء شركة بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لا يوجد
والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء فالمشتري
بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب في الاناء وان باع
قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض
قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه
وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير
وكري حنطة لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته
الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى
قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا
اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز
في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره
فقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا
بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا ولنا
ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه

فيحمل عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة
الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا
لتصرفه بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في
مسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفي الثالثة اضيف
البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة العقد انعقد صحيحا
والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم
ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط جواز البيع في الدراهم
المماثلة على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر
التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء آخر يبلغ
قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة وان لم يبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة
كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض ومن كان له على آخر عشرة
دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة
بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد
ثمن يجب تعينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس
العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين
اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد
على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة
وزفر رحمه الله يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا
فكذلك في احدى الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل
العقد فكفى ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم غلة بدرهمين صحيحين
ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن
وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم وان
كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى

حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا
لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا
تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي بالرداءة والجيد والردي
سواء وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا
للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف
وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس فهي في حكم شيئين فضة
وصفر ولكنه صرف لشرط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط
القبض في الفضة شرط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رضي الله عنه ومشايخنا رحمهم الله
لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل
فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن
وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو
المعتاد فيهما اذا لم يكن نص ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين وان كانت
لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وان كان يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف
لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البايع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه
وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك
الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رح يوم البيع وقال
محمد رح قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد
وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع فاذا بقي العقد يجب القيمة لكن
عند ابي يوسف رح وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رح يوم الانقطاع لانه اوان
الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي
فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان
هالكا كما في البيع الفاسد قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة
جاز البيع وان لم يتعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها

حتى تعينها لأنها سلع فلا بد من تعيينها وإذا باع بالفلوس كما تقدم ثم كسدت بطل البيع
عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض فلوسا فكسدت
عند أبي حنيفة رحمه الله مثلها لأنه إعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه إذ القرض لا
يختص به وعندهما تجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها
كما إذا استقرض مثليا فانقطع عن أيدي الناس لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند
محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله
أنظر للجانبين وقول أبي يوسف رحمه الله أيسر **قال** ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس
جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس
جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وأنها تقدر بالعدد لا بالدانق
والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس
معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين
فلوس فكذا عند أبي يوسف رحمه الله لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن
الدرهم وعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز في الدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لأن في العادة المبايعة
بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف رحمه الله
أصح لا سيما في ديارنا **قال** ومن أعطى صيرفيا درهما كبيرا وقال أعطني بنصفه فلوسا
وبنصفه نصفا إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل البيع فيما بقي عندهما لأن بيع نصف
درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا يجوز وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله
بطل في الكل لأن الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الإعطاء
كان جوابه كجوابهما لأنهما بيعان ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصفا إلا حبة
جاز لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فيكون
نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسألة
الثانية والله أعلم

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها
زكريا وقيل هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والأول أصح **قال** الكفالة ضربان كفالة
بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به
بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم
وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب
مكانه فيخلي بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي والحاجة ماسة إليه وقد أمكن
تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه **قال** وينعقد إذا قال تكفلت بنفس
فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا ببدنه وبوجهه لأن هذه الألفاظ
يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفا على ما مر في الطلاق وكذا إذا قال بنصفه أو بثلثه
أو بجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر
كلها بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح
إضافة الطلاق إليهما وفيما تقدم تصح وكذا إذا قال ضمنته لأنه تصريح بموجبه أو
قال علي لأنه صيغة الالتزام أو قال إلي لأنه في معنى علي في هذا المقام قال النبي
عليه السلام من ترك كلا أو عيالا فإلي وكذا إذا قال أنا زعيم أو قبيل لأن الزعامة هي
الكفالة وقد روينا الحديث والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما إذا قال
أنا ضامن لمعرفته لأنه التزم المعرفة دون المطالبة **قال** فإن شرط في الكفالة تسليم
المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فإن
أحضره وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق ولكن لا يحبسه أول مرة لعله
ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فإن مضت
ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق **قال** وإذا أحضره وسلمه في مكان
يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لأنه أتى بما التزمه
وحصل المقصود به وهذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرة وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس
القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لأن الظاهر المعاونة
على الامتناع لا على الإحضار فكان التقييد مفيدا وإن سلمه في برية لم يبرأ لأنه لا

يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل
الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رح للقدرة على المخاصمة
فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد تكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه
غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس
عن الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل
وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء
هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فالوصي ان يطالب الكفيل وان لم يكن
فلوارثه لقيامهم مقام الميت قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا برئ
فدفعه اليه فهو برئ لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول
الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب
بالخصومة وكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه
قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به في وقت كذا فهو ضامن لما عليه
وهو الف فلم يحضره الى الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم
الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس
لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق
وقال الشافعي رح لا يصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه
البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق
الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة
متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول
عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها او
لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا
فعليه المائة عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح ان لم يبينها حتى تكفل به
ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر الا يرى انه لم ينسبه الى

المدعى عليه فلا يصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولانه لم يصح الدعوى من غير بيان
فلم يجب احضار النفس واذا لم يجب لا يصح الكفالة بالنفس فلا يصح بالمال لانه بناء
عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت
بالاجمال في الدعاوى فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى
فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال ولا يجوز الكفالة بالنفس
في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رح معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في
حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة
لله تعالى ولابي حنيفة رح قوله عم لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا
يجب فيه الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق
كما في التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس
فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان او
شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة هنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما
العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة
وذكر في كتاب ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول
الاستيثاق بالكفالة قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين يطالب به ويمكن
الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه
ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود
التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان قال واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما
كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك
عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى الكفالة
بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل لشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار
وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه ان شاء
الله تعالى قال والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله

لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا
شرط فيه البراءة فحينئذ ينعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل
يكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف
المالك اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك
من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك فوضح الفرق قال ويجوز تعليق الكفالة
بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك
فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع على صحة ضمان
الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله
اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر
الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح
التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا
الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق
والعتاق فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت
بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فصح الضمان به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل
مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق
على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها قال وتجوز
الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه
وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل
بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع بادائه
وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء
فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف
المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما
اذا صالح الكفيل المطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل قال

قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء
بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان
لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه
لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ
الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح وان ابرأ الكفيل
لم يبرأ الاصيل لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز وكذا اذا اخر الطالب
عن الاصيل فهو تاخير عن الكفيل ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير
ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن
الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا بخلافه قال فان
صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح
الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لان براءته توجب براءة الكفيل ثم برئا
جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف
ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكما فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالح عما استوجب
بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال ومن قال لكفيل ضمن له بمال
قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداؤها من
المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيرجع وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على
المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت
قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء والابراء فيثبت الادنى ولا يرجع الكفيل
بالشك وقال ابو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء
دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل
قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات
ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا
لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به

به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان
العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل
عن البائع بالمبيع لم يصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت
تصح عندنا خلافا للشافعي رح لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض
على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة
والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن
بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استاجر
دابة للحمل فان كانت بعينها لم يصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت
الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل له
رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في مجلس العقد
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في
بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به
الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه
معنى التمليك وهو تمليك المطالبة فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما
وراء المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين
فكفل به مع غيبة الغرماء لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم
ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته
وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه
يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض
ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل
رجل عنه للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة رح وقالا يصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب
لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح
وكذا يبقى اذا كان به كفيل او له مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل

الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز
بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين
واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق قال ومن كفل عن
رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع
فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا
الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا
كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق
به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له
حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخر المطالبة
الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح وكذا
اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في
البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال
واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة رح في رواية
الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو له لا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه
وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن
الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على
اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين
فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه
استحباب لا جبر لان الحق له قال ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره الاصيل ان يتعين
عليه حريرا ففعل فالشرى للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة
مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر
مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض
عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل

ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو
توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير معين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان
فالشرى للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد قال ومن كفل عن رجل
بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له
على المكفول عنه الف درهم لم تقبل لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء ظاهر
وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستقبل
كقوله اطال الله بقاءك والمدعي يدعي مطلقا عن ذلك فلا يصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا
وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير
امره يقضى على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف
بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع
ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى بالآخر واذا قضى به بالامر ثبت وهو يتضمن
الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين
في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الآمر وقال زفر
لا يرجع لانه انكر فصار مظلوما في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل
ما زعمه ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع
فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد
بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزلت منزلة الاقرار
بملك البائع قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة
لا تكون مشروطة في البيع ولا هي باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره
ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه
او باع بيعا باتا نافذا وهو كتب شهادته فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان

قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب
ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل

كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع
فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذلك رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن
احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في
نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين
لانه لا شركة الا يرى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويقبض اذا نقد حصته وان
قبل الكل قال ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه
وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب
فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء
الاسرى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا
ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الامام علي البزدوي رحمه الله واما القسمة فقد قيل هي
هي النوائب بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب
ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول
قول المقر وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن
ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما
اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون
عارض حتى لا يثبت الا بالشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة
فنوع منه حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالاول
وابو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية
وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لان بمجرد الاستحقاق
لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل رد
الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على
البائع والكفيل وهو مختصر لدليل زيادة في ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة
فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه

وقد يقع على العقد وعلى الحقوق وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها
بخلاف الدرك لأنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله
لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو
تسليم المبيع أو قيمته فصح **باب كفالة الرجلين** وإذا كان الدين على اثنين
وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبدا بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن
صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة
لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة
وبحق الكفالة لأن الأول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول وفي الزيادة
لا معارضة فيقع عن الكفالة ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه وفي الأداء فيرجع عليه فلصاحبه
أن يرجع لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور **قال** وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل
واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا
ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة
متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح
عن الأصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعا
عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه
ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينتقض
برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر
بنيابته وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره **قال** وإذا
أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فبقي المال
كله على الأصيل والآخر كفيل بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به **قال** وإذا افترق المتفاوضان
فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤوا بجميع الديون لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
على ما عرف في الشركة ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين
في كفالة الرجلين **قال** وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد كفيل عن صاحبه فكل

شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه أن هذا العقد جائز استحسانا
وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقا
بأدائه ويجعل كفيلا بالألف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى وإذا
عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق
المساواة **قال** ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ
عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى
النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا
لتصحيح الضمان وإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى
أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة فإن
أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤديه لأنه مؤد عنه بأمره وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق
بشيء لأنه أدى عن نفسه والله أعلم **باب كفالة العبد وعنه** ومن
ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لأن المال حال عليه
لوجود السبب وقبول الذمة إلا أنه لا يطالب لعسرته إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه
به والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر ثم إذا
أدى رجع على العبد بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه **قال** ومن ادعى على عبد مالا وكفل
له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الأصيل كما إذا كان المكفول بنفسه حرا
فإن ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته
لأن على المولى ردها رقبة على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة
واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل بخلاف الأول **قال** وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق
فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رحمه الله
يرجع ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى إذا كان
بأمره أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره و
المانع وهو الرق قد زال ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لا يستوجب

على عباده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة لمن كفل عن غيره بغير امره
فاجازه ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه ثبت مع المنافي فلا يظهر في
حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل
واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في
قول ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده **كتاب الحوالة** وهي جائزة بالديون
قال صلى الله عليه وسلم من احيل على ملئ فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالكفالة
وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين قال
وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم
متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما
المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في
حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال واذا تمت الحوالة
برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رح لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق
ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها
اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملى
والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى
فلم يكن متبرعا قال ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رح لا يرجع
وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة
بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة
في المبيع قال والتوى عند ابي حنيفة رح احد امرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة
له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة
وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا بناء على ان
الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح قال واذا
طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان

وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل
يدعي عليه دينا وهو منكر والقول قول المنكر والحوالة لا تكون اقرارا منه بالدين عليه لانها
قد تكون بدونه واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي
وقال المحتال لا بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه
الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن
اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت
برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب
لان الفوات الى خلف فلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيد في
هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن
وان كانت اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبة به فيأخذه
منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل
الحوالة باخذ ما عليه او عنده قال ويكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض سقوط
خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى النبي عليه السلام عن قرض جر نفعا
كتاب ادب القاضي قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى
شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من
حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا
للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء
حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي للقاضي ان يقبل
شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا
ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله وقال الشافعي رح
الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلثة رحمهم الله في النوادر
انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو
عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها

يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وقيل يصلح لانه يجتهد حذارا عن النسبة الى الخطاء
واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح
عندنا خلافا للشافعي رح هو يقول الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة
دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال
الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد
انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي
حد الاجتهاد كلام عرف في الاصول وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه
ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص
عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتني
عليها **قال** ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة
رضوان الله عليهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف **قال**
ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته
القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين
والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له
او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه
التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد **قال** وينبغي ان لا يطلب الولاية
ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك
يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز
التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية
والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا
اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه
قال ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط التي كانت فيها
السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية

ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في
الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي
هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه
ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا تشتبه على المولى وهذا السؤال
لكشف الحال لا للالزام **قال** وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق
الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق
بواحد من الرعايا وشهادة الفرد ليست بمقبولة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان لم
تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق
ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل
فيه على ما تقوم به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا
ان يعترف الذي في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره ان اليد
كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار
لغيره فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه **قال** ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد
كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي
يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة
من دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله
صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في
المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة
ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج
القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة
في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان
يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة **قال** ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم
او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء

بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة
لا تقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء
فيتحاماه قال ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم
بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رح انه يجيب وان
كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال
ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال عليه السلام للمسلم على المسلم
ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي عليه السلام
نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام
اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير
اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما
لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء قال ويكره
تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره
كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس
فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل **فصل في الحبس** واذا ثبت
الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان
الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا
في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله
وهو ظلم اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال فان امتنع حبسه
في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن مبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا
حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا
ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا
قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول
قول من عليه وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة

العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق
العبد المشترك القول للمعتق والمسألتان تؤيدان القولين الاخيرين والتخريج على ما قال
في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت بالاتفاق وكذا عند ابي
حنيفة رح ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة
فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه
في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة
فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير
مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه قال فان لم يظهر له مال خلى
سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما
ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية
عامة المشايخ قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة
وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تع وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين
فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله
ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد
بيناها فلا نعيدها قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس
والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص قال
الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان

باب كتاب القاضي الى القاضي قال ويقبل كتاب القاضي
الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حكم
بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة
خصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه
بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها
ان شاء الله تع وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه

فانه شبيه بالشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب
والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف
بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد
قد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رح انه يقبل في العبد
دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها وعن
محمد رح انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون **قال** ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين
او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا
بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي
ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية **قال** ويجب ان يقرأ الكتاب
عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه
اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان علم ما في الكتاب والختم
بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم
ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رحمه الله آخرا شيء من ذلك ليس بشرط
والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رح ان الختم ليس بشرط ايضا
فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رح قوله
قال واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من
حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم **قال** فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى
ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه
فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو
يوسف اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح
والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة
الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب
على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه

التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملهما
وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من
قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من
يصل اليه على ما عليه مشايخنا لانه غير معرف ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه
لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة
البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي
في اثباتهما **فصل آخر** ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص
اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض
اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة
الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف
دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجازه الاول
جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره رأي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير
الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله **قال** واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه
الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع
الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه
والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني
كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه
فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رح وان كان
عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطأ وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه
قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة
المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر
الاختلاف في الصدر الاول **قال** وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن
كذلك عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كان الدعوى بسبب معين وهي

مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح قال ولا
يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجة
وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار
ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء على الخصم لان احكامهما
مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف
رح ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون
حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب
اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع قال
ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال
محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه
لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج باب التحكيم
قال واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح
تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما
فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق
والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا
كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم
الا برضاهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق
مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان
حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما
ولهذا لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر
المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام وان
حكماه في دم خطاء فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم
من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه يخالف

رأيه ويخالف النص الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان
يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين
او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان اخبر بالحكم لا يقبل
قوله لانقضاء الولاية وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه سواء
وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم
عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكموا رجلين فلا بد من اجتماعهما
لانه امر يحتاج فيه الى الرأي مسائل شتى من كتاب القاضي واذا كان العلو
لرجل والسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب كوة وهذا عند
ابي حنيفة رح معناه بغير رضا صاحب العلو وقالا يصنع ما لم يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف
اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح فلا
خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض
الضرر فاذا اشكل لم يمنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق
المرتهن والمستأجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو
من توهين بناء او نقض فيمنع عنه قال واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها
زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى
لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما
بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من
فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور
في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب قال وان كانت
مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها
اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها قال ومن
ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح
على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح

على معلوم عن مجهول جائز عندنا لان الجهالة فيما يسقط فلا يفضي الى المنازعة **قال**
ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها
واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض
اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح
التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها
لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب ودعوى
الشراء رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها
ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه
ان يطأها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا
فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد
اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن
من المشتري فات رضى البائع به فيستبد بفسخه ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم
ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه
ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز
والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد
او حقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة
كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لا يجوز به فيما ذكرنا و
الزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش
ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك
الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد
من حجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر له ان يصدقه لان احد المتعاقدين
لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له
ينفرد برد الاقرار فافترقا **قال** ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام

المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء
وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا
ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد
يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق
اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء
وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء
واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري انه تقبل ايضا لان المحتجب
او المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه
ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته فقال لم ابعها
منك قط فاقام المشتري البينة فوجد بها اصبعا زائدا فاقام البائع البينة انه
برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف رحمه الله انه تقبل اعتبارا بما
ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره
فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان
باطلا على ما مر **قال** ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه
ان شاء الله تعالى او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر
كله وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء الله تعالى على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق
وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق
وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل
كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله
تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت **فصل في القضاء
بالمواريث** ولو مات نصراني فجاءت امراته مسلمة فقالت اسلمت بعد موته وقالت
الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رح القول قولها لان الاسلام
حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما

مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر يعتبر للدفع وما ذكرنا يعتبر
للاستحقاق ولو مات مسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت
قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال لأن الظاهر
لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه وأما الورثة وهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر
الحدوث أيضا قال ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال
المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فإنه يدفع المال إليه لأنه أقر أن ما في يده حق
الوارث خلافة فصار كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه
وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقر بقيام حق المودع إذ
هو حي فيكون إقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض
لأن الديون تقضى بأمثالها فيكون إقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع إليه ولو قال المودع لآخر
هذا ابنه أيضا وقال الأول ليس له ابن غيري قضى بالمال للأول لأنه لما صح إقراره للأول
انقطع يده عن المال فكان هذا إقرارا على الأول فلا يصح كما إذا كان الأول ابنا معروفا
ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له فصح وحين أقر للثاني له مكذب فلم يصح قال وإذا قسم
الميراث بين الغرماء فإنه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من الوارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة
وهو ظلم عند أبي حنيفة رح وقالا يؤخذ الكفيل والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث
بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما أن القاضي ناظر للغيب والظاهر
أن في التركة وارثا غائبا أو غريما غائبا لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة
كما إذا دفع الآبق أو اللقطة إلى صاحبه أو أعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولأبي
حنيفة رح أن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم إلى زمان التكفيل
كمن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه ولا يكفل ولأن
المكفول له مجهول فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت
وهو معلوم وأما الآبق واللقطة ففيه روايتان والأصح أنه على الخلاف وقيل إن دفع
بعلامة اللقطة أو إقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمتنع

يمتنع وقوله ظلم أي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد
يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض قال وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن
أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف
الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا إن
كان الذي هي في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يد أمين وإن لم يجحد ترك في يده لهما
أن الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لأنه أمين وله أن القضاء للميت مقصود
واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض يده كما إذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء
القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت
الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه
بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون
العقار وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف أيضا وقول
أبي حنيفة رح فيه أظهر لحاجته إلى الحفظ وإنما لا يؤخذ الكفيل لأنه إنشاء خصومة والقاضي إنما
نصب لقطعها لا لإنشائها وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ويسلم النصف
إليه بذلك القضاء لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا
كان أو عينا لأن المقضي له وعليه إنما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة
عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لأنه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا
لا يستوفي إلا نصيبه وصار كما إذا قامت البينة بدين على الميت إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكل
على أحد الورثة إذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لأنه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء
على ما في يده قال ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وإن أوصى بثلث ماله
فهو على كل شيء والقياس أن يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال
كما في الوصية وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إيجابه إلى ما
أوجب الشارع فيه الصدقة من المال أما الوصية أخت الميراث لأنها خلافة كهي فلا يختص بمال
دون مال ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة أما الوصية تقع في حال

الاستغناء فينصرف الى الكل ويدخل فيه ارض العشر عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة
اذ جهة الصدقة في العشر راجحة عنده وعند محمد رحمه الله لا يدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة
راجحة عنده ولا يدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املك صدقة في المساكين
فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال
ولا مخصص في لفظة الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل
عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا
اصاب شيئا تصدق بمثل ما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر لاختلاف احوال
الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة
على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما
يرجع اليه ماله قال ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع
جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان
الوصاية انابة بعد الموت فيعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية
خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة
انابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم لا يفوت النظر
لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق
لا الزام امر قال ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم
فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف خبر
رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية
عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر الينا قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء
واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام
الامام وكل منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فيضيع الحقوق ويرجع
المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا

اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم
استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عنهم
دين وترك عبدا قيمته مائة مثلا فباعه القاضي او امينه للغريم وقبض الثمن عن الميت
وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال ويرجع الوصي على الغرماء لانه
عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي
غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين
كان العاقد عاملا له **فصل آخر** واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم
فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل ذلك وعن محمد رحمه الله
انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطأ
والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ رحمهم الله هذه
الرواية لفساد حال اكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي الى القاضي للحاجة
اليه وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي الامر
واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل
قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب
تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب
الحكم لتهمة الخطأ والخيانة قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها
الى فلان قد قضيت بها دينا عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك
اذا قال قضيت بقطع يدك في حق وهذا اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال
مقرا انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر
شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق
ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في
حالة القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ
ماله انه فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا هو الصحيح لانه اسند فعله

والحالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون وجنونه
منه كان معهودا ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر القاضي يضمنان لانهما اقرا
بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على
غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما
وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه على صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى
فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقوله
معزول ليس بحجة

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض تلزم
الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا
وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه
فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر
والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك قال والستر افضل لقوله عليه السلام
للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله
عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه دلالة ظاهرة
على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق
منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا
يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا
يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء
لحديث الزهري رضه مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين
من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها
مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود
والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم
ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها

فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق
والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال
الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط
وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع
منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وجودا فلا
يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية
الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني
يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط
بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما
يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس
كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع
عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع
الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي رح
في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط
اعتبار العدد الا ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه
في الطلاق واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها
تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيعة اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن
انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما
شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة رح في حق الارث لانه مما يطلع عليه
الرجال الا في حق الصلوة لانه من امور الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت
عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في
ذلك كله من العدالة ولفظ الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن
لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي

عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن
ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق اذا كان وجيها عند الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر
لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح
عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر
فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع
عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة
ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من
معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رحمه الله
يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون
عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو
الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص
فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها
دارئة وان طعن الخصم فيهم سأل عنهم لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقالا
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء
مبناه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان
وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث
المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر
فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل
غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة
ويروى عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز
الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا
اصح قال وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل ومعناه
قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه يجوز تزكيته لكن عند محمد رحمه الله يضم تزكية

تزكية آخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان
الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال
هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد
اعترف بالحق قال واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان
افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد انه لا يجوز الا اثنان والمراد
منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى
الشهادة لان ولاية القاضي تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما
يشترط فيه العدالة ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة
لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا
يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا واما في
تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف في اختصاصها
بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله

فصل

وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل الاقرار والبيع
والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد
وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال
الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس
فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب
ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه
النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس
للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا
يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز
له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده عليها لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير
موجبة بالنقل الى مجلس القاضي فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد

الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا
يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل
العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رح وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق
وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو
تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة في الصك
لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن
يثق بهم انا شهدنا نحن وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه
الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء
اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك
بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور يختص بمعاينة اسبابها
خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها
الشهادة على التسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل
احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما
قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع
علم وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان
يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي
ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان
معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا يقبل كذا هاهنا ولو رأى انسانا
جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى
رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا
رأى عينا في يد غيره يتصرف فيها تصرف الملاك ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى
على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه
الاشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف رح انه يجوز في الولاء

الولاء لانه بمنزلة النسب وعن محمد رح انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا
نقول الولاء يبتني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتني عليه واما الوقف
فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي
يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان
اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا
تفسيرا لاطلاق محمد رح في الرواية وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال
بعض مشايخنا رح لان اليد متنوعة الى امانة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة
واصالة ثم ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك دون المالك
استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما او عاين المالك دون
الملك لا يحل له واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون
في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما
فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على
انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رح انه يحل له ان يشهد
فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رحمه الله
وهو رواية عن ابي حنيفة رح انها تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة في ذلك الى
السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل
لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير مؤوف والتعريف يحصل
بالنسبة كما في الشهادة على الميت والغائب ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة
بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها
بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص
ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام اهلية الشهادة

شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف
ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك
لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي على نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره قال
ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد
لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد
ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى
التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون او هو
استثناء منقطع بمعنى لكن قال ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان
للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد
اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق قال
ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه
قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها
ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع
بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من
وجه او يتمكن فيه التهمة قال رضه والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر
استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع
باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند ادائه
الشهادة فيصير كالمستاجر عليها قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي
رحمه الله تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس
على الدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس
ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل بينهما عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه
او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به قال ولا شهادة المولى لعبده
لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال

الحال موقوف مراعى قال ولا المكاتب لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من
شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء
التهمة قال وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها
متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في
الرديء من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول
الشهادة قال ولا نائحة ولا مغنية لانهما ترتكبان محرما فانه صلى الله عليه وسلم
نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه
ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات
النساء بصعوده سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني
قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة ولا من ياتي بابا من الكبائر التي
يتعلق بها الحد للفسق قال ولا من يدخل الحمام من غير ميزر لان كشف العورة حرام قال
ولا من ياكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من يفوته الصلوة للاشتغال بهما
فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا
وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة
العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق
والاكل على الطريق لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم
قال ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة
اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا
انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث او
ياكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم
من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم
واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض
وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى

والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم
فصار كالمرتد ولنا ما روي أن النبي عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض
ولأنه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه
والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور
الأديان بخلاف المرتد لأنه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لأنه لا ولاية له بالإضافة
إليه ولأنه يتقول عليه لأنه يغيظه قهره إياه وملل الكفر وإن اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ
على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي أراد به والله أعلم المستأمن لأنه لا ولاية له
عليه لأن الذمي من أهل دارنا وهو أعلى حالاً منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم
عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة
فإن كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا
يمنع التوارث بخلاف الذمي لأنه من أهل دارنا ولا كذلك المستأمن قال وإذا كانت
الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وإن ألم بمعصية هذا
هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة إذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب
كما ذكرنا فأما الإلمام بمعصية فلا تنقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة
المشروعة لأن في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح إحياء للحقوق قال
وتقبل شهادة الأقلف لأنه لا يخل بالعدالة إلا إذا تركه استخفافاً بالدين لأنه لم يبق
بهذا الصنيع عدلاً قال والخصي لأن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولأنه قطع عضو
منه ظلماً فصار كما إذا قطعت يده قال وولد الزنا لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق
الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك لا تقبل في الزنا لأنه يحب أن يكون غيره كمثله فيتهم
قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة
لأنه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة
والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لأن نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعواناً
على الظلم وقيل العامل إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه يقبل شهادته

شهادته كما حكي عن أبي يوسف رحمه الله في الفاسق لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة
ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة قال وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى
إلى فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحساناً وإن أنكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وإن
ادعى وعلى هذا إذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما
دين أو شهد الوصيان أنه أوصى إلى هذا الرجل معهما وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود
المنفعة إليه وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان طالباً والموت معروف
فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء فصار كالقرعة
والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالثاً يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف
باعترافهما بخلاف ما إذا أنكرا ولم يعرف الموت لأنه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة
هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وإن لم يكن الموت معروفاً لأنهما
يقران على أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما قال وإن شهدا أن أباهما الغائب
وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكر لم تقبل شهادتهما لأن القاضي لا يملك نصب
الوكيل عن الغائب فلو ثبت إنما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال
ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لأن له
الدفع بالتوبة فلا يتحقق الإلزام ولأن فيه هتك الستر والستر واجب والإشاعة
فإنها حرام وإنما يرخص لضرورة إحياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم إلا إذا شهدوا على
إقرار المدعي بذلك لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم قال ولو أقام رجل أي المدعى عليه
البينة أن المدعي استأجر الشهود لم يقبل لأنه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وإن كان
أمراً زائداً عليه فلا خصم في إثباته حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود
بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لأنه
خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا لو أقامها على أني صالحت الشهود على كذا من
المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك
المال ولهذا قلنا إنه لو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر

او كاذب او شريك المدعي يقبل قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض
شهادتي فان كان عدلا جازت الشهادة ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان
ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة
مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا
قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب
الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا
كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا
اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة
الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان كان عدلا وعن ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها
لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها
وانعدمت فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رح
فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف
اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة
والثلث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه
دون ما تفرد به احدهما فصار كالالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رح انهما اختلفا
لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين
بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف
جنس المال قال وان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا
وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف
والخمسمائة جملتان عطفت احديهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة
والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس
بينهما حرف عطف فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي الا الالف فشهادة
الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن
دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة
ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهدا بالف وقال
احدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولا يسمع قوله
انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي بخمسمائة
لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلناه قال
وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا
يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد
احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء
على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر رح لان المدعي اكذب شاهد
القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال
واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا
عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احديهما كاذبة وليست احديهما باولى من الاخرى فان
سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء
بها فلا تنتقض بالثانية قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع
وان قال احدهما بقرة وقال الآخر ثورا لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يقطع
في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد
والبياض وقيل في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل
فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة
وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون
السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا يشاهده بخلاف الغصب
لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على

ذلك بالقرينة فلو ثبتت **قال** وان شهد رجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد
آخر انه اشتراه بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد
ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به فلم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي
يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البايع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل
المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد
فظاهر وكذا ان كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب
وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هو المراة والعبد او القاتل
لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كان الدعوى من جانب الآخر فهو بمنزلة
دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق
فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في
الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان
كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى
الدين **قال** فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا باطل
في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رح لهما ان هذا الاختلاف
في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع
والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في
التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح ثم قيل
الاختلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج فاجماع انه لا يقبل لان
مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه
ما ذكرناه

فصل في الشهادة على الارث

قال ومن اقام بينة على
دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه
مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى للوارث حتى يشهد الشهود انه
مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف هو يقول ان ملك الوارث
ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث وهما يقولان ان ملك
الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني
ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث
وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد
وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة
مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل **قال** فان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده
جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير
مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي
نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف رح انها تقبل لان اليد
مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا
بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية
وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم
غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد
معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة **قال** وان اقر بذلك المدعى عليه دفع
الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت
في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط
بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة
لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة
على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة
احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود
والقصاص وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي رحمه الله
لا تجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصار

كالمرأتين ولنا قول علي كرم الله وجهه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولأن نقل
شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على
شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة
وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد
ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد
من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء
وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له
اشهد قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها
لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوساطها ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد
السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله
لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا
عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول لتصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة
شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا
مرضا لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل
فلا بد من الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان العجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما
حتى اديرت عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لو كان في مكان
لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس
قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله قال فان عدل شهود
الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما
الآخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله
كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه
فلا تهمة قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف

يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة
فلا تقبل ولابي يوسف رحمه الله ان الماخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم
واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر
شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض
بين الخبرين وهو شرط قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان
الفلانية وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه
يقال للمدعي هات شاهدين انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت
والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا
تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان
على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة
حدود ما في يده قال وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة
الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين
البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف
لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون
ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة
وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر
عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله
على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

فصل

قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا
نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور
اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر
فيعزر وله ان شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب
وان كان مبالغة في الزجر ولكنه قد يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه

وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير
منقول عن شريح فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن كان غير سوقي
بعد العصر أجمع ما كانوا ويقول إن شريحا يقرئكم السلام ويقول إنا أخذنا هذا شاهد زور
فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يشهر عندهما أيضا والتعزير
والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناها في الحدود وفي الجامع الصغير
شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته أن شاهد الزور
في حق ما ذكرناه من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنه نفي
للشهادة والبينات للإثبات والله أعلم كتاب الرجوع
عن الشهادات قال وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت
لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لأنهما
ما أتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم
لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينتقض الحكم بالمتناقض ولأنه في الدلالة على الصدق
مثل الأول وقد ترجح الأول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم
على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الإقرار وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى
قال ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من
المجلس وهو مجلس القاضي أي قاض كان ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية
فالسر بالسر والإعلان بالإعلان وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود
عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لأنه ادعى رجوعا باطلا
حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال يقبل لأن السبب صحيح وإذا شهد
شاهدان بمال فحكم به الحاكم ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لأن التسبيب على وجه
التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للإتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان
لأنه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو
القاضي لأنه كالملجأ إلى القضاء وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه

استيفاؤه من المدعي لأن الحكم ماض فاعتبر التسبيب وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال
دينا كان أو عينا لأن الإتلاف به يتحقق ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين
فإن رجع أحدهما ضمن النصف والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد
بقي من يبقى بشهادته نصف الحق وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه لأنه
بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لأن الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق
سقط الضمان فأولى أن يمتنع فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لأن ببقاء أحدهم
يبقى نصف الحق وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع المال لبقاء ثلاثة
الأرباع ببقاء من بقي وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق لأن بشهادة الرجل يبقى نصف الحق
وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهادته كل
الحق وإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع
بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الأرباع وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق
وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى
النسوة النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن
إلا بانضمام رجل ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل قال عليه السلام في نقصان
عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما إذا شهد بذلك
ستة رجال ثم رجعوا فإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على
القولين لما قلنا ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل نصف الحق
والنصف على النسوة وعنده عليه الخمسان وعليهن ثلاثة أخماس على الأصل الذي قدمناه
ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما وعنده عليه وعلى الراجعة أثلاثا على
الأصل الذي قدمناه قال ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون
المرأة لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم قال وإن شهد
شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك إذا شهدا
بأقل من مهر مثلها لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف لأن التضمين يستدعي المماثلة

على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذا
اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول
في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف
بعوض وبينه بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها بغير
عوض **قال** وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى
نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا
فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند
سقوط الخيار اليه فاضيف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها
ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن
الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط
جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما
قال وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من
غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء واذا
شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي رح يقتص
منهما لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل
مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي ههنا لان العفو
مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم
لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في
المختلف **قال** واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم
فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا
فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار
كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند
محمد رح وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم لان القضاء بشهادة الفروع

الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة
الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الفروع والاصول جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع
لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول
وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع على من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول
من الوجه الذي ذكره فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود
الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء
لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع
قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمنون لانهم
اثنوا على الشهود فصاروا كالشهود بالاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا
يعمل بها الا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض
قال واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان
على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط
المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة شهود اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود
الشرط وحدهم اختلف المشايخ رحمهم الله ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه
جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال
فيحتاج الى ان يوكل غيره فيكون سبيله دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عليه السلام وكل
بالشراء حكيم ابن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة رض **قال** وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر
الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رض
وكل عقيلا وبعد ما اسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر وكذا بايفائها واستيفائها الا في
الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ
بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان
الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حال الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء

فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال
ابو يوسف رح لا يجوز التوكيل باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد
مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان
كلام الوكيل ينتقل الى كلام الموكل عند حضرته له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز
عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رح ان الخصومة
شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر
الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد وكلام ابي حنيفة رح فيه
اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به
وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا
او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي
ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على
رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره
والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد
المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما
هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة قال
ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي رحمه الله يلزم
التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال هذا
شيء استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف
ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا
ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام
الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا
كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف
والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا

محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا
ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا
يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي
لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا
لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ظن
ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقد
الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة ف
حقوق ذلك يتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رح يتعلق بالموكل لان الحقوق
تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل
بالنكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه
آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى
عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فيتعلق به ولهذا قال في الكتاب
يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب
ويخاصم فيه لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق
كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح قال العبد الضعيف وفي مسئلة العيب تفصيل
نذكره ان شاء الله تعالى قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم
العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم
وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا يرى انه لا يستغني عن اضافة العقد
الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا
ينفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره
فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح عن الانكار فاما الصلح
الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والتوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع
والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير

فلا يعمل اصلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة اما
التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا تثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه قال واذا طالب
الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق تعود
الى العاقد فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض
حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري
على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل ايضا
دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله لانه يملك الابراء عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين والله اعلم بالصواب

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء

قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير
الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت
لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل
في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار
هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس
لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش
الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بقدر الثمن يصير النوع
معلوما وبذكر النوع يقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح
لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والهندي والسندي والمولد جاز
وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة كالجودة والرداءة
والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع
الصغير ومن قال لآخر اشترلي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة
فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار
والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا

ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا
فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال
وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز ومعناه نوعه وكذا اذا سمى نوع
الدابة بان قال فرس او حمار قال ومن دفع الى آخر دراهم فقال اشترلي بها طعاما
فهو على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين
على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرنا اذا
ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم
فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال واذا اشترى
الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد
وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال
يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع
وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد
يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم
لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز قال
فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة
الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان
كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد
لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح
قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل
لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل
بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما
كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله قال فان هلك المبيع في يده قبل حبسه
هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا

بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بيناه انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رحمه الله
ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا
هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع
للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه وهلك كان مضمونا ضمان الرهن
عند ابي يوسف رح وضمان المبيع عند محمد رح وهو قول ابي حنيفة رح وضمان الغصب
عند زفر رح لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط
بهلاكه ولابي يوسف انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن مضمونا وهو الرهن بعينه
بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق
الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال
لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل
منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رح وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض النسخ
قول محمد رح مع قول ابي حنيفة رح ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف انه امره بصرف
الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما
اذا وكله ببيع عبده بالف درهم فباعه بالفين ولابي حنيفة رح انه امره بشراء عشرة ارطال
ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة
هناك بدل ملك الموكل فتكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير
مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر تناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال
ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد
عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل قال فلو كان الثمن مسمى فاشترى
بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب
يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني
بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا قال وان وكله
بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه

او يشتريه بمال الموكل قال العبد الضعيف هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى
دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه
تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه
حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم
غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان
نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا
في النية يحكم النقد فيه بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره
النية قال محمد رح هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره
ولم يثبت وعند ابي يوسف رحمه الله يحكم النقد فيه لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين
فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما
يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام
في الطعام على هذه الوجوه قال ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات
عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف
فالقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على
الآمر وهو ينكر فالقول قول المنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل
قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول قول المامور لانه
امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استئناف الشراء
فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رح القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه
لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين
فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا
والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه
اخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه
بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة رحمه الله

ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلانا ياخذه
لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن
له لان الاقرار يرتد برده **قال** الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا بالتعاطي وعليه
العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري
له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو
يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب **قال** ومن امر رجلا بان
يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق
وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا
كله بالاجماع **قال** ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان
اشترى احدهما بخمسماية او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما
وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسماية
ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز
الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد
حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها
وقال ابو يوسف رح ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس
فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف
وهو فيما قلناه ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض
الآمر **قال** ومن له على آخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين
المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تع **قال** فان امره ان يشتري
بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان
قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو لازم للآمر اذا قبضه
المامور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعينان
في المعاوضات دينا كانت او عينا الا يرى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل

العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل
كيده ولابي حنيفة رح انها تتعين في الوكالات الا يرى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او
بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا
تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين
على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط
مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف
ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تع وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على
المامور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا **قال** ومن دفع الى آخر
الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسماية وقال المامور
اشتريتها بالف فالقول قول المامور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد
ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسماية وهو ينكر فان كانت تساوي
خمسماية فالقول للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسماية والامر تناول
ما تساوي الفا فيضمن **قال** وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر اما اذا كانت
قيمتها خمسماية فللمخالفة واما اذا كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل
في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ
العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المامور **قال** ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم
يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسماية وقال المامور بالف وصدق البائع المامور
فالقول قول المامور مع يمينه قيل لا تحالف بينهما ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع
اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر
معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن
الموكل اذ لم يجر بينهما عقد فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وعلى هذا قول الامام ابي منصور رح
وهو اظهر **فصل في التوكيل بشراء نفس العبد** قال واذا قال العبد
لرجل اشتر لي نفسي بالف من المولى ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه

على هذا فهو حر والولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق
ببدل والمأمور سفير عنه إذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه وإذا كان إعتاقا
أعقب الولاء وإن لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل
بها إذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين وإذا كان
معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثلها ثمنا للعبد
فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء وهذا بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه
لأن العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد أما ههنا أحدهما
إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضى به ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد
من البيان قال ومن قال للعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا
ففعل فهو للآمر لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبي عن ماليته والبيع
يرد عليه من حيث إنه مال إلا أن ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فإذا
أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وإن عقد لنفسه فهو حر لأنه
إعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وإن كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه
أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو
حر لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

فصل في البيع

قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل
شهادته له عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة
إلا من عبده أو مكاتبه لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة والمنافع منقطعة
بخلاف العبد لأنه بيع من نفسه لأن ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب إليه
حقيقة بالعجز وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم
قبول الشهادة ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والإجارة والصرف
على هذا الخلاف قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير لأن مطلق

مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع
بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والأضحية بزمان الحاجة ولأن البيع
بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله
مطلق اسم البيع وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن
أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول أبي
حنيفة رحمه الله على ما هو المروي عنه وأنه بيع من كل وجه حتى إن من حلف لا يبيع يحنث به غير أن الأب
والوصي لا يملكانه مع أنه بيع لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع
من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة
يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه
لنفسه فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على
الآمر لأنه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده
لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد فلا يتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه
يطلق العقد قال والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل
في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده لأن
التصرف يكثر وجوده في الأول ويقل في الأخير ويتوسط في الأوسط وكثرة الغبن
التصرف قال وإذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله لأن اللفظ
مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده
فإذا باع النصف به أولى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز لأنه غير متعارف
لما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف
قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق فإذا
باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع
وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما قال وإن وكله بشراء عبد فاشترى
نصفه فالشراء موقوف فإن اشترى باقيه لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة

الى الامتثال بان كان من رهط ابن جماعة فيحتاج الى شراه شقصا فاذا اشترى الجارية قبل
رد الآمر البيع يتبين انه وسيلة فيقع على الآمر وهذا بالاتفاق وفرق لابي حنيفة رح
ان في الشراء يتحقق التهمة على ما مر وآخر ان الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه
والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق **قال** ومن امر
رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشترى عليه بعيب لا يحدث مثله
بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقراره فانه يرده على الآمر لان القاضي تيقن بحدوث
العيب في يد البايع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب
ان القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه
الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب
حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين والعيب ظاهر
لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة **قال**
وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة
والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فيلزم الآمر
قال وان كان ذلك باقراره لزم المامور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه
السكوت او النكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد
بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بايعه لانه بيع جديد في حق
ثالث والبايع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة
وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة
قال ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة
في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف
السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في
الكفاية باطول من هذا ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال
المامور امرتني بالبيع ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا

ولا دلالة على الاطلاق **قال** فان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول
المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة
فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع
آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة
ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة رح وعندهما
يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم **قال** ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن
رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق
وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما
بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ
الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

فصل

قال واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في
تصرف يحتاج فيه الى الراي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برايهما لا براي احدهما
والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة واختيار المشتري
قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس
القضاء والراي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة **قال** او بطلاق زوجته بغير عوض
او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة او قضاء دين عليه لان هذه
الاشياء لا يحتاج فيها الى الراي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء
وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه
تفويض الى رايهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما
فاعتبره بدخولهما **قال** وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه
التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برايه والناس متفاوتون في الآراء
قال الا ان ياذن له الموكل لوجود الرضا او يقول له اعمل برايك لاطلاق
التفويض الى رايه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك

الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب
القاضي قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود
حضور رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه
فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رأيه قال
ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا
وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع
تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما اذا
لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن
قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او
باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية
الا ترى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر
لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من
التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة
على المسلم فلا تفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي
كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فاولى ان يسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله وان
كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك
يتحقق باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل
وبالاسلام يجعل كانه لم يزل كان مسلما فيصح **باب الوكالة
بالخصومة والقبض** قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر رحمه الله هو
يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة فلم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام
الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر رح لظهور الخيانة في الوكلاء
وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض
على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على

الوضع فالفتوى على ان لا يملك قال فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا
معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر
قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رح حتى لو اقيمت
عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة رح لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال
يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولابي حنيفة رح انه وكله
بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل
استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل
بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذا اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل
القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة
الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها
قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض والقبض
ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي
هو في يده البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان
والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلا تعتبر وجه الاستحسان
انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقصر يده حتى لو حضر البائع
تعاد البينة على البيع وصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك
فانها تقبل في قصر يده كذا هذا قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك
ومعناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على
الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق
قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا
يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا الا انه يخرج من
الوكالة وقال ابو يوسف رح يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال

وزفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة والإقرار يضاده لأنه مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى فيصرف إليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح لأنه لا يملكه وعن محمد رحمه الله أنه يصح لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه إياه وعند الإطلاق يحمل على الأولى وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول أبو يوسف رحمه الله الوكيل قائم مقام الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه وهما يقولان إن التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة أو مجازا والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن إذا أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضا وصار كالأب أو الوصي إذا أقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليهما **قال** ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك أبدا لأن الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في إبراء ذمته فانعدم الركن ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بينا **قال** ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه لأنه إقرار على نفسه لأن ما

يقضيه خالص ماله فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانيا لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء ويرجع به على الوكيل إن كان باقيا في يده لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله أن ينقض قبضه وإن كان ضاع في يده لم يرجع عليه لأنه بتصديقه اعترف أنه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الأخذ والمظلوم لا يظلم غيره **قال** إلا أن يكون ضمنه عند الدفع لأن المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه فإن رجع صاحب المال على الغريم ثم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه في الوكالة وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا إذا دفعه إليه على تكذيبه إياه في الوكالة وهذا أظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له أن يسترده حتى يحضر الغائب لأن المؤدى صار حقا للغائب إما ظاهرا أو محتملا فصار كما إذا دفعه إلى فضولي على رجاء الإجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه **قال** ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يأمر بالتسليم إليه لأنه إقرار بمال الغير بخلاف الدين على ما مر فلو ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على أنه مال الوارث **قال** وإذا ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يأمر بالدفع إليه لأنه ما دام حيا كان إقرارا بملك الغير لأنه من أهله فلا يصدق في دعوى البيع عليه **قال** فإن وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه يدفع المال إليه لأن الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق **قال** ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب **قال** وإن وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا

المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسألة الدين لان التدارك ممكن
هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان
القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه
ولا يستحلف المشتري بعد ذلك عنده لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان
يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان
القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى
يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البايع فينتظر للنظر قال ومن
دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة
بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرى والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا
كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس
والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشرى فاما الانفاق يتضمن الشرى فلا يدخلانه
باب عزل الوكيل قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان
الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب
من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن
قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في العزل
اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل
ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد
ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده قال وتبطل الوكالة بموت
الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم
فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط
ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف
اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس
فصار كالميت وقال محمد رح حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا

احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد
موقوفة عنده فكذا الوكالة فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت
الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته
او يحكم بلحاقه وقد مر في السير وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته
حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال
واذا وكل المكاتب ثم عجز او الماذون ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه
الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة
يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه
لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال
واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد
جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما
قال رض هذا عند ابي حنيفة ومحمد فاما عند ابي يوسف لا تعود الوكالة ولمحمد ان
الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز
بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا
ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته
وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات فبطلت الولاية فلا تعود
كالملك في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود
الوكالة في الظاهر وعن محمد رح انه تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر
ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به
ولم يزل باللحاق قال ومن وكل رجلا بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل
به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده
او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة او بشراء شيء
بعينه ففعله بنفسه او يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت

عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف
فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه
لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوجها الموكل
لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء
قاض فعن ابي يوسف رح انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له
من التصرف فصار كالعزل وقال محمد له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية
لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن
للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء
بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها
والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل
الدعوى وقد اختلف عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام
صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا
بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك
بالظاهر وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته
والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان
المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع يمينه وان كان مدعيا للرد صورة
لانه ينكر الضمان **قال** ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره
لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق
فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في
الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في
المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب
الحضور وعلى هذا القضاة من اخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره

حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره
ان شاء الله **قال** وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان
العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين و
وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة
قال وان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه
به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فصار الى التحديد فان العقار
يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم
ولا بد من ذكر الجد عند ابي حنيفة رح لان تمام التعريف به على ما عرف به
هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلثة من الحدود
يكتفى بها عندنا خلافا لزفر رح لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابع لانه
يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في
الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب
خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه
انه في يده بل لا بد ان تثبت بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة
المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة
وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا
في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا
قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق **قال** وان كان حقا في الذمة
ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة
لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به **قال** واذا صحت الدعوى سأل
القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فان اعترف قضى عليه بها لان الاقرار
موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام
الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال

لمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن
ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه
الا يرى كيف اضيف اليه بحرف اللام

باب اليمين

واذا قال
المدعي لي بينة حاضرة في وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله معناه
حاضرة في المصر وقال ابو يوسف رح يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف
فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة
البينة بما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد
مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي رح قال ولا ترد
اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة
تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف
الشافعي رح قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى
وقال الشافعي رح يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار
كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق او الاستيلاد او التدبير ولنا ان بينة
الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك
بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها
قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول والزمه ما ادعي عليه وقال
الشافعي رح لا يقضى عليه به بل ترد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل
التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع
الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او
مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح
هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين على ما قدمناه قال وينبغي للقاضي ان يقول
له اني اعرض اليمين عليك ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا
الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات

مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة
في ابلاء العذر فاما المذهب فانه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه
وهو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف او حكميا
بان سكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح
قال واذا كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا
يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب
والولاء والحدود واللعان وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان
وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر
المولى لانه لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما
ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا
او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ
بالشبهات واللعان في معنى الحد ولابي حنيفة رح انه بذل لان معه لا تبقى اليمين
واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل
لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف
الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة
اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معتاد
ههنا ترك المنع وامر المال هين قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع
لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما
اذا شهد عليها رجل وامرأتان قال واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول
استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق
عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق
لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى
حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هو الحقوق

وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن
في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى
والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم
ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى
يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار
فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع
القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد ولابي حنيفة
ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو
قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وهذا اعمال البذل الا انه لا يباح لعدم
الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع
السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس فيها
كما في القسامة قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعط كفيلا بنفسك
ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر
من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه
كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه
ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي عن
ابي حنيفة رح وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير
ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او
شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب
حقه الا ان يكون غريبا على الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى
آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك
اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب
الحجر ان شاء الله تع فصل في كيفية اليمين والاستحلاف قال واليمين

واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او
ليذر ويؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا
هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم في السر ما يعلم من العلانية ما لفلان
هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله
ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص عنه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين
لان المستحق عليه يمين واحدة وان شاء القاضي لم يغلظ فيقول قل بالله او
قل والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ
في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا
وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلفه بذلك لقلة المبالاة باليمين
بالله قال ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى صلوات الله
عليه والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى صلوات الله عليه لقوله عليه السلام
لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في
كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى عم والنصراني نبوة عيسى عم
فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار
وهكذا ذكر محمد رح في الاصل ويروى عن ابي حنيفة رح انه لا يستحلف احد الا بالله
خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض
مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين
لان كتب الله معظمة والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله
قال الله تع ولئن سالتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله قال
ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال
ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وذلك
حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو
مدفوع قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله

ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه
ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبته لانه
قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال
لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت
ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على
الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب لتضرر المدعى عليه وهذا قول ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب
الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه
ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل والحاصل هو الاصل
عندهما اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ
يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي مبتوتة نفقة والزوج ممن لا
يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق
في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع
فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف
الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد
واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم **قال** ومن ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف
على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه
يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا
الهبة **قال** ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة دراهم
فهو جائز وهو ماثور عن عثمان رضي الله عنه وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين
ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان في
البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع
وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد

مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة
للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في
الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا
الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى
بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه
المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه
ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم
كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان
البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما
نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس
لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري
ينكره فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف
المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا **قال** ويبتدئ بيمين المشتري
وهذا قول محمد وابي يوسف رح آخرا ورواية عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان
المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام
الثمن ولو بدأ بيمين البائع تتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان
ابو يوسف رح يقول اولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم وان كان بيع عين بعين او ثمنا
بثمن بدأ القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله
ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف بالله ما
باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف
يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت
دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا **قال** فاذا حلفا فسخ

القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه
كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل
يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع قال وان نكل احدهما
عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا او مقرا فلم يبق دعواه معارضة لدعوى الآخر
فلزم القول بثبوته قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض
الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه
الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف
في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك
يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه
ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر
الاجل والخيار مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض
قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح
والقول قول المشتري وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك
وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على
رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر
ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد
هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان التحالف بعد القبض على خلاف
القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه فقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف
فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه
لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه
العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا
فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فتتوفر فائدة الفسخ
ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل قال فان هلك

احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يرضى
البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند
ابي حنيفة الا ان يشاء البائع ان ياخذ الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف رح يتحالفان
في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد رحمه الله
يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة
لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف ان التحالف للهلاك فيتقدر
بقدره ولابي حنيفة رح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع
اجزائها فلا يبقى السلعة لفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار
حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك
لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن
كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا تخريج بعض
المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد
من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك
شيئا اصلا وقال بعض المشايخ ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري
وانما لا ياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري
لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري
ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم فاذا حلفا ولم يتفقا على
شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويامر القاضي
المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف رح
والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل
لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي
يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد
في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر

قيمتهما في الانقسام يوم القبض وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض
فالقول للبائع وأيهما أقام البينة تقبل بينته وإن أقاما البينة فبينة البائع
أولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما
بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده
وينقسم الثمن على قدر قيمتهما فإن اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لأن
الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك
والبائع ينكره فالقول للمنكر وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى لأنها أكثر إثباتا
ظاهرا لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو أن في الأيمان تعتبر الحقيقة
لأنها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الأمر عليها
والبائع منكر حقيقة وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة
الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا وترجح
بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف رح **قال**
ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان ويعود
البيع الأول ونحن ما أثبتنا التحالف بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة
فسخ في حق المتعاقدين وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض
والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على
العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه غير المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد
الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح خلافا لمحمد رح لأنه يرى النص
معلولا بعد القبض أيضا **قال** ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم
اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم لأن الإقالة في باب السلم
لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لأنه إسقاط فلا يعود السلم بخلاف الإقالة
في البيع ألا يرى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم
إلى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما

قال وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت
تزوجتني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بالحجة وإن أقاما البينة
فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته المرأة
وإن لم تكن لهما بينة تحالفا عند أبي حنيفة ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في
انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع لأن عدم التسمية
يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل
قضي بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر قضي بما
ادعته المرأة وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضي
لها بمهر المثل لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رحمه الله
ذكر التحالف أولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رح لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود
التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج
عند أبي حنيفة رح تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد
استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف فلا نعيده **قال** ولو ادعى
الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة
إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكها
لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة **قال** وإن اختلفا في الإجارة قبل
استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه إذا اختلفا في البدل أو في المبدل لأن
التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والإجارة قبل قبض المنفعة
نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة وإن وقع الاختلاف في الأجرة
بدئ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة وإن وقع في المنفعة بدئ بيمين المؤجر
وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما أقام البينة قبلت ولو أقاماها فبينة المؤجر أولى
إن كان الاختلاف في الأجرة وإن كان في المنافع فبينة المستأجر وإن كان فيهما قبلت
بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر

شهرين بخمسة وبعضهم شهرين بعشرة قال وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا
وكان القول قول المستأجر وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ظاهر لأن
هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على أصل محمد رحمه الله لأن الهلاك إنما لا
يمنع عنده في البيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف
هنا وفسخ العقد فلا قيمة لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد
وإن امتنع فالقول قول المستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه وإن اختلفا بعد استيفاء
بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول قول المستأجر في الماضي
لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها
بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال
وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا
يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ
فأشبه البيع والجامع أن المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق
العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا
في الثمن ولأبي حنيفة رحمه الله أن البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم
للعبد وإنما ينقلب مقابلا للعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر
البدل لا غير فلا يتحالفان قال وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح
للرجال فهو للرجل كالعمامة لأن الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة
كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لأن المرأة وما في
يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه يعارضه
ظاهر أقوى منه ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما
وقعت الفرقة فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء
فهو للباقي منهما لأن اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله
وقال أبو يوسف يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر

الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض
لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رحمه الله
ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل أو
لورثته لما قلنا لأبي حنيفة رحمه الله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث
وإن كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة لأن يد الحر أقوى وللحي بعد
الممات لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا
العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لأن لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما

وإذا قال المدعى عليه هذا الشيء
أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام على ذلك بينة
فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا إذا قال آجرنيه وأقام البينة لأنه أثبت
ببينته أن يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا يندفع لأنه تعذر
إثبات الملك للغائب لعدم الخصم ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى
البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة
المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامتها البينة على الطلاق
كما بيناه من قبل ولا تندفع بدون إقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى لأنه صار
خصما بظاهر يده فهو بإقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه
فلا يصدق إلا بالحجة كما إذا ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره وقال
أبو يوسف رحمه الله آخرا إن كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه وإن كان معروفا
بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر
يودعه إياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لإبطال حق غيره فإذا اتهمه القاضي
به لا يقبله قال ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال
أن يكون المودع هو هذا المدعي ولأنه ما أحاله إلى معين يمكن المدعي اتباعه فلو
اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا

بجواب عند محمد رحمه الله للوجه الثاني وعند ابي حنيفة رحمه الله تندفع لانه اثبت ببينته
ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول
فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي
خصمه او اضاعه حيث لم يتبعه وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة
في كفاية المنتهى قال وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد
ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة
وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا
بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على
غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل قال وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب
اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد رحمه الله تندفع الخصومة لانه لم يدع الفعل عليه فصار
كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل
لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه
واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز
عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت
الخصومة بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها
الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله
بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها باب ما يدعيه
الرجلان قال واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها
له واقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي رحمه الله في قول تهاترتا وفي قول يقرع
بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة
وقد تعذر التمييز فيتهاتران او يصار الى القرعة لانه عليه السلام اقرع فيه وقال
اللهم انت تحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى النبي

عليه السلام في ناقة واقام كل واحد البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة
كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجود بان يعتمد
احدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف
اذ المحل يقبله وانما ينتصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد
منهما نكاح امرأة واقاما البينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل
لا يقبل الاشتراك قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به
بتصادق الزوجين وهذا اذا لم توقت البينتان فاما اذا اوقتا فصاحب الوقت
الاول اولى فان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام
الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى
والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل
ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه الا ان
يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة
في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال واذا ادعى
اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد يعنيان من صاحب اليد واقاما بينة فكل واحد
منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لانه تغير عليه شرط
عقده فلعل رغبته في ملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن فان قضى القاضي به
بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه
بالنصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة
صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي
الكل ولم ينفسخ سببه ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت
الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقت احدهما ولم يوقت
الآخر فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله
او بعده فلا يقضى له بالشك فان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى

ومعناه ان في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما في الاثبات فلا
ينقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الاخر وقتاً لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه
كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال وان ادعى احدهما شراء
والاخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى
لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في
الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض
والصدقة سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه
يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما
يحتملها عند بعض لان الشيوع طارئ وعند بعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في
الشائع وصار كاقامة البينتين على الارتهان وهذا اصح قال واذا ادعى احدهما
الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل
واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رحمه الله الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين
بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه
وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما البينة فالرهن اولى
وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانه تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه
الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان
اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد
ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة
فكذا الهبة بشرط العوض فان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب
التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم
يتلق الاخر منه ولو ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة
على تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه فان اقاما

كل

كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك
لبايعهما فيصيران كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقت احدى
البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل
على تقدم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا
لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا
يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والاخر
الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر
قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا
البينة على الملك المطلق وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد
بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه انه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين
قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما ان
البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته
لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى
هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما فالمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد
البينة على ملك مطلق ووقتت احداهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله الخارج اولى وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى وهو رواية عن ابي
حنيفة رحمه الله صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا
ارخت احديهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه
معنى الدفع ولا دفع هنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت
الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسألة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله الذي وقت اولى وقال محمد رحمه الله الذي
اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على

ومعناه انه في يده لان تمكينه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما في الاثبات فلا
ينقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه
كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال وان ادعى احدهما شراء
والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى
لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في
الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض
والصدقة سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه
يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما
يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في
الشائع وصار كاقامة البينتين على الارتهان وهذا اصح قال وان ادعى احدهما
الشراء وادعت امراة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل
واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رحمه الله الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين
بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه
وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما البينة فالرهن اولى
وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانه يثبت الملك والرهن لا يثبته وجه
الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان
اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد
ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة
فكذا الهبة بشرط العوض فان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب
التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم
يتلق الآخر منه ولو ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة
على تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه فان اقاما

كل

كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك
لبائعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى
البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت احداهما لا يدل
على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا
لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا
يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر
الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر
قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا
البينة على الملك المطلق وان اقام الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد
بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه انه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين
قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء ولهما ان
البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته
لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى
هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما فالمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد
البينة على ملك مطلق ووقتت احداهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله الخارج اولى وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى وهو رواية عن ابي
حنيفة رحمه الله صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا
ارخت احداهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه
معنى الدفع ولا دفع هنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت
الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث فالمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله الذي وقت اولى وقال محمد رحمه الله الذي
اطلق لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على

بعض وقال ابو يوسف رحمه الله ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق
يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين ولابي حنيفة رحمه الله ان التاريخ يضامه احتمال
عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه
امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال وان اقام الخارج
وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا تدل
عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا
لما يقوله عيسى بن ابان رحمه الله انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء
ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها
على النتاج في يد نفسه لما ذكرنا ولو اقام احدهما البينة على الملك المطلق والآخر
على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت للآخر
الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كانت الدعوى بين الخارجين فبينة النتاج اولى لما
ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان
يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك
المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص قال
وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك
لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف
وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة
الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضي به
للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى
الاصل قال وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان
صاحب اليد اولى لان الاول ان كان يدعي اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي
فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال وان اقام كل واحد منهما البينة على
الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد

قال

قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد
من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل
القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك
للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد
لحكمه وهو الملك فلا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب
وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما
اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص
مذهب محمد رحمه الله للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع
لان الجمع غير ممكن عند محمد رحمه الله لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقتت
البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما
فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار
عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه
وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد بالاجماع لان البيعين جائزان على القولين وان
كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد
وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال وان اقام احد المدعيين شاهدين
والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حال الانفراد والترجيح
لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف قال واذا كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان
احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب
النصف ربعها عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع
الآخر في النصف فسلم له بلا منازعة واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما وقالا
هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين
وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسألة نظائر واضداد

لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناه في الزيادات قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع
نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضي ببينته
والنصف الذي في يد صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف
اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال واذا تنازعا
في دابة اقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين
فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح فان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما
لم يذكرا تاريخا فان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب
الفريقين فيترك في يد من كان في يده قال واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة
احدهما بغصب والاخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في الاستحقاق **فصل**
في التنازع بالايدي قال واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها
فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج
والاخر رديفه فالراكب اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف
وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازعا
في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا
في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان
القعود ليس بيد عليه فاستويا قال واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد اخر
فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق قال
واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه
ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان
كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها
وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه
ظهر الرق عليه في حال صغره قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللاخر
عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب

استعمال والاخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما حمل وللاخر كوز
معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال
تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض هذا الحائط وقوله الهرادي
ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها
اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للاخر شيء فهو بينهما
ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها
بعد الثلثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللاخر موضع جذعه
في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل
على قدر خشبتهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة وجه
الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع
كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له
حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللاخر
اتصال فالاول اولى ويروى الثاني اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال
اليد والتصرف اقوى وجه الثاني ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة
القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه لما قلنا
وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني قال واذا كانت دار منها في يد رجل
عشرة ابيات وفي يد الاخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها
وهو المرور فيها قال واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها
في يده لم يقض القاضي انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان
اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته
فان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان
اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا يستحق لاحدهما من غير حجة وان كان
احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال

فيها باب دعوى النسب وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فإن
جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له ويفسخ
ويرد الثمن وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعواه باطلة لأن
البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه مناقضاً فبطلت دعواه مناقضاً
ولا نسب بدون الدعوى ووجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة
ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه
التناقض وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولد
فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن لأنه قبضه بغير حق وإن ادعاه
المشتري مع دعوة البائع أو بعده فدعوة البائع أولى لأنها أسبق لاستنادها
إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت
البيع لم يصح دعوة البائع لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقيناً وهو الشاهد
والحجة إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا
يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه
وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت
البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشتري لأنه احتمل
أن لا يكون العلوق في ملكه فلم يوجد الحجة فلا بد من تصديقه وإذا صدقه يثبت
النسب ويبطل البيع والولد حر والأم أم ولد كما في المسألة الأولى لتصادقهما
واحتمال العلوق في الملك فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة
أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت
لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد
جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع لأن الولد هو
الأصل في النسب فلا يضره فوات التبع فإنما كان الولد أصلاً لأنها تضاف
إليه يقال أم الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام أعتقها ولدها

فالثابت

والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والأدنى يتبع الأعلى ويرد الثمن كله في قول
أبي حنيفة رحمه الله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم لأنه تبين أنه
باع أم ولد ومالية أم الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب ولا يضمنها المشتري
وعندهما متقومة فيضمنها قال وفي الجامع الصغير وإذا حبلت الجارية في
ملك رجل فباع الجارية فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري
الأم فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعواه
باطلة ووجه الفرق أن الأصل في هذا الباب الولد والأم تابعة له على ما مر وفي
الوجه الأول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الأم
فلا يمتنع في الأصل وهو الولد وليس من ضرورته كما في ولد المغرور فإنه حر وأمه
أمة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالأصل
وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وإنما كان الإعتاق مانعاً لأنه لا يحتمل
النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه
ثم الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق والثابت في الأم حق الحرية وفي الولد للبائع
حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل
النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الأول يرد عليه بحصته
من الثمن قولهما وعنده كل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن
باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه
ويبطل البيع لأن البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع
لأجله وكذلك إذا كاتب الولد أو أجره أو رهنه أو كاتب الأم أو رهنها أو
زوجها ثم كانت الدعوة لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح
الدعوة بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري
أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري
لا يحتمل النقض فصار كالإعتاق قال ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما

منه لأنهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا
لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق
الثاني حادثاً لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر وفي الجامع الصغير إذا كان في
يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما فأعتقه المشتري ثم ادعى البائع
الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده
لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسألة مفروضة فيه ثبتت حرية الأصل
فيثبت نسب الآخر وحرية الأصل فيه ضرورة لأنهما توأمان فتبين أن عتق
المشتري وشراءه لاقى حر الأصل فبطل بخلاف ما إذا كان الولد واحداً
لأن هناك يبطل العتق فيه مقصوداً لحق دعوة البائع وهاهنا يثبت تبعاً
لحريته فيه حرية الأصل فافترقا ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه يثبت نسب الولد
الذي عنده فلا ينقض البيع فيما باع لأن هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد
الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال وإن كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي
فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبداً وإن جحد العبد أن يكون ابنه وهذا
عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إذا جحد العبد فهو ابن للمولى وعلى هذا الخلاف
إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما أن الإقرار ارتد برد
العبد فصار كأن لم يكن الإقرار والإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن كان لا يحتمل النقض
الا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل فصار كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق
المشتري فكذبه البائع ثم قال أنا أعتقته يتحول الولاء إليه بخلاف ما إذا صدقه
لأنه يدعي بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه
تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه
من غير الملاعن لأنه يكذب نفسه ولأبي حنيفة رحمه الله أن النسب مما لا يحتمل
النقض بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل
بنسب صغير فردت شهادته للتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لأنه تعلق به حق المقر

له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد
برد المقر له ومثله الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض
الأقوى كجر الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب وقد اعترض على الولاء الموقوف
ما هو أقوى منه وهذه دعوة المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا
يصلح مخرجاً على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة منه بعد ذلك
فيقطع دعواه إقراره بالنسب لغيره قال وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني
فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لأن
الإسلام مرجح فيستدعي تعارضاً ولا تعارض لأن النظر للصبي في هذا أوفر
لأنه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مآلاً إذ دلائل الوحدانية ظاهرة
وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعاً وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها
ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو أوفر
النظرين قال وإذا ادعت امرأة صبياً أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد
امرأة على الولادة ومعنى المسألة أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعي تحميل
النسب على الغير فلا تصدق إلا بحجة بخلاف الرجل لأنه يحمل نفسه النسب ثم شهادة
القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد أما النسب يثبت بالفراش القائم
وقد صح أن النبي صلعم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد
من حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله وقد مر في الطلاق فإن لم تكن معتدة
ولا منكوحة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها
وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وإن لم تشهد امرأة
لأنه التزم نسبه فأغنى ذلك عن الحجة وإن كان الصبي في أيديهما فزعم الزوج
أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما لأن الظاهر أن الولد منهما
لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه
فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني

وبين رجل آخر غير صاحبي يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر
لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال ومن اشترى جارية فولدت
ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان
المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور
حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد
حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير
صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا يعتبر قيمة الولد يوم
الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا
لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لا يورث لانه حر الاصل في حقه
فيرثه ابوه ولو قتل الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته
لان سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا
ويرجع بقيمة الولد على بايعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر
لانه لزمه باستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع **كتاب الاقرار** قال اذا اقر
الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار
اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلعم
ماعزا رضي الله عنه الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولايته
المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون
له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح
بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي ملك المولى فلا يصدق
عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته بخلاف الحد والدم لانه مبقى على
اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه فلا بد من البلوغ والعقل
لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا
لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه

مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يدري ارشها او يبقى عليه باقية
حيات لا يحيط به علي الاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة
في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته
فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين جبره القاضي على البيان لانه لزمه
الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شيء لزمه
ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب
فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر
له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذلك اذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذلك
لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على
العادة ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل قوله في
القليل والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل
من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم
لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه
غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في اقل
من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة وعنه
مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير
فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي
غير مال الزكوة يعتبر بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب
من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع الصحيح ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من
عشرة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لم يصدق في اقل من مائتي
درهم لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة
اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو
الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه فلو قال دراهم فهي ثلثة لانها اقل الجمع الصحيح

الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله ويصرف الى الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا
درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف
عطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من
احد وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف عطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون
فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير المبهم ولو قال بلا كذا بغير
واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزاد
عليها الف لان ذلك نظيره قال وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة ايجاب
وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان
اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا
مفصولا قال المصنف عفا الله عنه وفي اكثر نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان
اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة
اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار
بامانة في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما واذا قال له رجل لي عليك
الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهذا اقرار لان الهاء
في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى
لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون في
حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة
والهبة لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل
الدين قال ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا
لانه اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى
الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسالة في الكفالة
قال ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر وان قال له علي
مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في

تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رحمه الله لان المائة
مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسيرها فبقيت المائة على ابهامها
كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في
كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة
اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال
ولا يوزن لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف
ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب
لم يذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكانت كلها ثيابا
قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا
في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق
بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا
قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال
ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وعلى قياس قول محمد رحمه الله يضمنهما ومثله
الطعام في البيت ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر
له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحجلة
فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل
لزماه جميعا لانه ظرف فان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علي ثوب في ثوب لانه ثوب
بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة
اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد احد عشر ثوبا لان
النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف رحمه الله
ان حرف في يستعمل للبين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي
فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب منها موعى وليس بوعاء فتعذر

حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب
لزمه خمسة واحدة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه
في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من
درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة فيلزمه الابتداء
وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر رحمه الله
يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان قال ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى
هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق **فصل**
ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار
صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت
الاقرار لزمه فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في
الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين
حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه لانه بين مستحيلا وان ابهم
الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يصح لان الاقرار من
الحجج فيجب اعمالها لا اهمالها ما امكن وقد امكن بالحمل على السبب الصالح وهو الوصية
والارث ولابي يوسف رحمه الله ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة
ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به
قال ومن اقر بحمل جارية او بحمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا
وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه قال ومن اقر وشرط الخيار بطل الشرط لان
الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة فلم ينعدم
بهذا الشرط الباطل **باب الاستثناء وما في معناه** قال ومن استثنى متصلا
باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد
من الاتصال لان الاستثناء المنقطع باطل وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى
الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل

بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا
او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او قيمة القفيز وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح
الاستثناء وقال محمد رحمه الله لا يصح فيهما وقال الشافعي رحمه الله يصح فيهما
لمحمد رحمه الله ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف
الجنس وللشافعي رحمه الله انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة
في الاول ثابتة من حيث الثمنية اما الدينار فظاهر واما المكيل والموزون فاوصافها
اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون
ثمنا صلح مقدرا للدراهم فبقي بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح
مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح قال ومن اقر بحق وقال ان
شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما
ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار
لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرناه في الطلاق بخلاف ما
اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس حيث
يلزمه لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في
الاجل يكون المال حالا قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له البناء
والدار لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في
الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل
فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه
لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة
عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف
ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض
اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته

منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف
والا فلا شيء لك قال العبد عصمه الله هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه
ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان
يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على
المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد
حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم المقر
شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما
بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له
يدعي عليه الالف ببيع غيره والاخر ينكر واذا تحالفا بطل المال وهذا اذا ذكر عبدا
بعينه فان قال من ثمن عبد لم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت
عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال
رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة
مقارنة كانت او طارية بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاف طابا مثلا
يوجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح
وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه
شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن مبيع وان
اقر انه باع متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه
وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب
الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا
من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه
على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت منه
بيعا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض
بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة

اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره
عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير
لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب. وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه
بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله
قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال
اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه
الجياد في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال
مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى
هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف
من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا
لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه
ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها
وزن خمسة ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي
السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه
وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري
لما بيناه والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله
الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء
الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة
من ثمن عبد الا انها رديئة لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي
السلامة عنها وعن ابي حنيفة رحمه الله في غير رواية الاصول في القرض انه
يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون زيفا
كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها كما هو الاصل
ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع

لأن اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعينها
مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني ثم
قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل لأن الإنسان يغصب ما يجد
ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيانا للنوع فيصح
وإن فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن
أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض إذ القبض فيهما
هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة
ووصل صدق وإن فصل لم يصدق لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم
يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وإن قال في هذا كله ألفا ثم
قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق وإن وصل صدق لأن هذا استثناء المقدار
والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لأنها وصف واللفظ يتناول
المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كالاستثناء ولو كان الفصل ضرورة
انقطاع الكلام فهو واصل لعدم إمكان الاحتراز عنه ومن أقر بغصب ثوب
ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لأن الغصب لا يختص بالسليم ومن قال
لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال الآخر لا بل أخذتها غصبا
فهو ضامن وإن قال أعطيتنيها وديعة فقال غصبتنيها لم يضمن والفرق أن في
الفصل الأول أقر بسبب الضمان وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن
والآخر ينكره فيكون القول قوله مع اليمين وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذلك
يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا
كالأخذ والدفع كالإعطاء فإن قال قائل إعطاؤه والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه
فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضي ثابت ضرورة
فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما إذا قال أخذتها منك وديعة
وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالأخذ لأنهما توافقا

هنالك على أن الأخذ كان بالإذن إلا أن المقر له يدعي عليه سبب الضمان وهو القرض
والآخر ينكره فافترقا فإن قال هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها
فقال فلان هي لي فإنه يأخذها لأنه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر
والقول للمنكر فإن قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها أو قال
آجرت ثوبي هذا فلبسه ورده فالقول قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب
وهو القياس وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان ولو قال خاط فلان ثوبي
هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في
الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة ووجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد
في الإجارة والإعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع
فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون إقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة
لأن اليد فيها مقصودة والإيداع إثبات اليد قصدا فيكون الرد منه اعترافا
باليد للمودع ووجه آخر أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقر بيد ثابتة
من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسألة الوديعة لأنه
قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال أودعتها كان على هذا
الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ وعدمه في الطرف الآخر وهو الإجارة
وأختاها لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الإقرار أيضا وهذا
بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته
ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله لأن الديون تقضى بأمثالها
وذلك إنما يكون بقبض مضمون فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى
تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ها هنا المقبوض عين ما ادعى فيه
الإجارة وما أشبهها فافترقا ولو أقر أن فلانا زرع هذه الأرض أو بنى
هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر

بلغ لك كله لما استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر باليد
انما اقر له بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط
قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل ملكه وقبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول
للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا **باب اقرار المريض**
واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه
باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف بالاسباب مقدم وقال الشافعي رحمه الله
دين الصحة ودين المرض يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين
ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا
ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء
الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث
بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة
لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على
الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانها حالة الحجر
بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حال اطلاق وهذه حالة حجر فافترقا وانما تقدم
الدين المعروف بالاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل
بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا
دين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا ولو اقر بعين في يده لآخر
لم يصح اقراره في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به قال ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض
الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في
ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشتراه في مرضه وقد
علم بالبينة قال فاذا قضيت عنه الديون المقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر
به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق
حقهم ظهرت صحته قال وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق

الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه
في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط
الفراغ ولهذا يقدم حاجته في التكفين قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه
فيه بقية الورثة وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح
جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث
ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة
بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين
ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في
حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة
معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا
ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره قال وان اقر
لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع
قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه
الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل قال ومن اقر لاجنبي في مرضه ثم قال
هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره له فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل
اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر
لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية
قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها
منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود عليه للورثة فلعله اقدم على
هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت
فصل ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه
الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به
وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف

لانه يمنع ثبوته عن غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسألة في غلام
يعبّر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مرّ من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية
ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته
قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه
تحميل النسب على الغير ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل
بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها
الزوج لان الحق له او تشهد بولادتها قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد
مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء
ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة
لان حكم النكاح باق فيه وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها عندهما لان الارث
من احكامه وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا
لا يحل له غسلها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت
بعد الموت والتصديق يستند الى وقت الاقرار قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد
نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث
معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم
الوارث المعروف فان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في
ماله عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وانما
لم يثبت نسبه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان
من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول وصية
لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه فصدقه المقر له انه
ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال
لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار قال ومن مات ابوه فاقر
باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الارث لان اقراره يتضمن شيئين

حمل

حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والشركة في المال وله فيه ولاية فيثبت
كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه
يقبل في حق العتق قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما
ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين
على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق
الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انها قصاصا على كون المقبوض
مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم
على المقر فيؤدي الى الدور **كتاب الصلح** قال الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع
اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار
وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح
جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل
كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع
المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتأويل
آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة
ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعي يأخذه عوضا
عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه
وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز
قال فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال
بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما
فيجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط
ويفسده جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح
عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل فان وقع عن مال بالمنافع

يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار
في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة
لانه اجارة والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع
الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد
في حقهما كما يختلف في حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر
وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه
السكوت قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه اذا كان عن انكار
او سكوت لانه ياخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومته المال
وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة
لان المدعي ياخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة
باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال واذا كان الصلح عن اقرار فاستحق بعض
المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصته ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة
كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق
المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض
الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر انه لا خصومة له
فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد
حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض فلو استحق
المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع
بحصته وان كان الصلح عن انكار رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق بعضه لان
المبدل فيه الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع
بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع
الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق
في الفصلين قال وان ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض

الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق
كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه في البيوع
ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه عين
حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد الامرين اما ان يزيد درهما
في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى
الباقي **فصل** والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر
وعن المنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب
حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن
قال ويصح عن جناية العمد والخطأ اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه
شيء الآية قال ابن عباس رضي الله عنه انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح
حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح هنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا
ان عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانه موجب الدم ولو صالح
على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العقود وفي النكاح يجب مهر المثل
في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت عنه فكما فيدخل في
الاطلاق وجواب الكتاب في الجناية في النفس وما دونه وهذا بخلاف الصلح
عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل
التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم
يصح الصلح تبطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس
بمنزلة الشفعة حتى لا يجب بالمصالح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين
على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال
فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا
فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز بالزيادة
على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح

على أحد مقادير الدية أما إذا صالح على غيرها جاز لأنه مبادلة بها إلا أنه يشترط
القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها
فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لأنه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة
بخلاف الصلح ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين
فلا يجوز الزيادة على ما تعين قال ولا يجوز في دعوى حد لأنه حق الله تعالى
لا حقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض إذا ادعت
المرأة نسب ولدها لأنه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى
طريق العامة لأنه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه
ويدخل في إطلاق الجواب حد القذف لأن المغلب فيه حق الشرع قال وإذا ادعى
رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى
جاز وكان في معنى الخلع لأنه أمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه
وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه
وبين الله تعالى إذا كان مبطلا في دعواه قال وإن ادعت امرأة نكاحا
على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال رضي الله عنه هكذا ذكر
في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الأول أن يجعل زيادة
في مهرها وجه الثاني أنه بذل لها المال لترك الدعوى فإن جعل ترك الدعوى
منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وإن لم يجعل فالحال
على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح قال وإن ادعى
على رجل أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان ذلك في حق المدعي
بمنزلة الإعتاق على مال لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه
لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل وفي حق المدعى عليه يكون
لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر الأصل فجاز إلا أنه لا ولاء له لإنكار
العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال وإذا قتل العبد المأذون

له رجلا عمدا لم يجز له أن يصالح عن نفسه وإن قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه
عنه جاز ووجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيها
بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى فصار كالأجنبي أما عبده من تجارته وتصرفه
فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه وهذا
شراؤه فيملكه قال ومن غصب ثوبا هرويا قيمته دون المائة فاستهلكه
فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لأن الواجب
هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا بخلاف ما إذا صالح على عرض
لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن فيه لأنه يدخل
تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة ولأبي حنيفة رحمه الله أن حقه
في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه
في مثله صورة ومعنى لأن ضمان العدوان بالمثل وإنما ينتقل إلى القيمة
بالقضاء وقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف
الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة قال وإذا كان العبد بين
رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل
باطل وهذا بالاتفاق أما عندهما فلما بينا والفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى
أن القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي
فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لأنها غير منصوص عليها فإن صالحه
على عروض جاز لما بينا أنه لا يظهر الفضل **باب التبرع** بالصلح والتوكيل به
ومن وكل رجلا بالصلح فصالح عنه لم يلزم الوكيل ما صالح عليه إلا أن يضمنه
والمال لازم للموكل قال تأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح
على بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا
فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح إلا أن يضمنه لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد

الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق
الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال وان صالح رجل عنه بغير
امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس
الا البراءة وفي حقها الاجنبي والمدعى عليه سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه
كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل فيكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء
الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك
للذي في يده لان تصحيحه صلحا بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما
اذا كان مقرا او منكرا وكذلك ان قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي
هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه
وصح الصلح وكذلك لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة
العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد
موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل
في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير
اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب
فيتوقف على اجازته قال العبد الضعيف عصمه الله ووجه آخر ان يقول
صالحتك على هذا الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم
صار شارطا سلامته فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل
له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم
المحل له تم الصلح وان لم يسلم له لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على
دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه
جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه
رجع عليه ببدله **باب الصلح في الدين** قال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق
بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط

باقيه

باقيه كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر الف درهم جياد
فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكأنه ابرأه عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل
يتحرى في تصحيحه ما امكن ولا وجه في تصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل
اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالحه على الف
مؤجلة جاز وكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم
بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير
غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة
وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة
فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون
بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان له الف سود
فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي
زيادة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف
ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود لانه اسقاط كله قدرا ووصفا
وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا
معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار
فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا
للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا
للعقد ولان معنى الاسقاط فيه الزم قال ومن له على آخر الف درهم فقال اد
الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة
غدا عاد اليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
لا يعود عليه لانه ابراء مطلقا الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره
بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده
مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالابراء ولهما ان هذا

ابرآء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدئ باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح
عوضا حذارا افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة
فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر حمله على المعاوضة
تصحيحا لتصرفه او لانه متعارف والابرآء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به
كما في الحوالة وستخرج الكفالة بالابرآء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه
المسئلة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة
تدفعها الى غدا وانت برئ من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالالف عليك على
حالها وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال
ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا فالابرآء فيه واقع اعطى الخمسمائة
او لم يعط لانه اطلق الابرآء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه
يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء الخمسمائة
لان الابرآء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه
يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال
ادّ الي خمسمائة على انك برئ من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح
الابرآء ولا يعود الدين لان هذا ابرآء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا
لا يكون الاداء عوضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد
بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد
عوض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الى خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت
فالجواب فيه انه لا يصح الابرآء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البرآءة بالشروط
باطل لما فيها من معنى التمليك حتى ترتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط
فحمل على التقييد قال ومن قال لاخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط
عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال
علانية يؤخذ به فصل في الدين المشترك واذا كان الدين بين شريكين فصالح

احدهما

احدهما عن نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه
وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين
المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض
لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة
الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة فله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة
باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه
فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا
بسبب متحد كثمن المبيع اذا كانت صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث
بينهما وقيمة المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع
الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له
حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له
شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك قال ولو استوفى نصف نصيبه من الدين
كان لشريكه ان يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما
اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة ولو اشترى احدهما بنصيبه
من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة
كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة
فلو الزمناه دفع ربع القيمة يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك
على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين
وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى
نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما
على الغريم له ان يشارك القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم
ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه
لا مقتض ولو ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن

البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اقر احدهما بنصيبه صح عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه في جناية العمد قال واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض من فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من كان عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الاختلاف وعلى وجه الثاني فهو على الاتفاق

فصل في التخارج واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار وقال وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة وكذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة او ذهب

فلا بد

فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا فلا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح فان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط او هو تمليك من عليه وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي به لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتدي في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي عليه السلام والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل

فيه لانه يتصرف فيه باذن مالكه فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال
بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان
غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة عقد على الشركة بمال من احد
الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل
من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح كله لو شرط لرب المال كان
بضاعة ولو شرط كله للمضارب كان قرضا قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة
وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز
لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال
له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين
الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا
التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن الملك في المشترى يقع للآمر فيصير مضاربة
بالعرض قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة
لان شرط ذلك يقطع بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال فان شرط زيادة عشرة
دراهم فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة في
الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال
لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالاجر
القدر المشروط عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله كما بينا في الشركة
ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل
وقد وجد وعند ابي يوسف رحمه الله انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة
مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة
ولانه عين مستأجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال
مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا تفسدها ويبطل الشرط كاشتراط
الوضيعة على المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد

لرب

لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة
لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان يخلص المال
للعامل ليتمكن من التصرف فيه فاما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرطنا خلوص
اليد لاحدهما لم ينعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع
خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك
عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من
اهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان يأخذا مال
الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال واذا صحت المضاربة
مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق
العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد
صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع
والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر بالوديعة فالمضارب اولى كيف وان
اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف
رحمه الله انه ليس له ان يسافر وعنه عن ابي حنيفة رحمه الله انه ان دفع في بلده
ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفعه في غير بلده له ان
يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب
الا ان يأذن له رب المال او يقول له اعمل برأيك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما
في القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل
لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع لانه
دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه
التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا
يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة من
صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال وان قيد

لو عين رب المال التصرف في بلدة بعينها او في سلعة بعينها لم يجز ان يتجاوزها لانه توكيل
وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك
البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال فان اخرج الى غير
ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر
حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة
ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد
بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط
الشراء بها هنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج
والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما
الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا
بخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين
اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في
السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول
على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة
لانه تفسير له او قال فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة
لان الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل
فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة او قال على ان تشتري من فلان
وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة في المعاملة بخلاف ما اذا قال
على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع مالا في الصرف على ان يشتري به من الصيارفة
ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول
التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء
ذلك قال وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل
فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع

والمكان

والمكان قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها لان العقد
وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا
لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف
البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار
مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ
عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف قال فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق
عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف
المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه
يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن في المال
ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت
قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه
لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء يثبت من طريق
الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست
ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة قال فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى
بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام
الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين
وان شاء اعتق ووجهه ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه
لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهوره لان كل واحد منها اعني الام والولد
مستحق براس المال كما ان المضاربة اذا صارت اعيانا كل عين منها يساوي راس المال
لا يظهر الربح كذا هنا فاذا زادت قيمة الغلام الان ظهر الربح فنفذت الدعوة
السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق
فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز
ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة

وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد
لانه عتقه يثبت بالنسب والملك فالملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا
ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد ولانه يستسعي الغلام لانه احتبست
ماليته عنده وله ان يعتق لان المستسعي كالمكاتب عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق راس المال والخمسمائة
ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له ان
يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق براس المال لكونه مقدما
في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال
الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة
وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا
يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب
شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر **باب المضارب يضارب** قال
واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا
بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن المضارب الاول لرب المال قال رض
وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا عمل به
ضمن ربح او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع عمل او لم
يعمل وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا
الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة
بالعمل فكان الحال مراعى قبله وله ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده
ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة
في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة
لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر
في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة

وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء
ضمن الاول فان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا
عنده ووجه الفرق له بين هذا وبين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه
لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز
ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من حين خالف
بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني
رجع على الاول بالعهدة لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد
وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء
ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل
والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث قال فان دفع اليه
رب المال مضاربة بالنصف واذن له بان يدفعها الى غيره فدفعها بالثلث وقد تصرف
الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب
المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى الثاني
مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما
رزق الله فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك
بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيبان ذلك لان فعل الثاني
واقع للاول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر غيره عليه بنصف درهم وان
كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي
بين المضارب الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف
ما رزق الله للاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل
لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان رب المال قال له فما ربحت من شيء
فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي
بين الاول ورب المال لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض من جهته

رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف
ما يرزق الله فلم يزد له إلا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على أن ما رزق الله
فلي نصفه أو قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة
بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول
لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى
جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط
بمثله وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني
النصف ويضمن المضارب الأول للمضارب الثاني سدس الربح في ماله لأنه شرط للثاني
شيئاً هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال لكن التسمية في نفسها
قد صحت لكون المسمى معلوماً في عقد يملكه فقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به
ولأنه غره في ضمن العقد وهو سبب للرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر
بخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف فصل وإذا شرط المضارب
لرب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لأن للعبد يداً
معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له واشتراط العمل إذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية
أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون
وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط
العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مر وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب
بالشرط والثلثان للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فهو
للغرماء هذا إذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة
مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على
المالك وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة رحمه الله لأن المولى بمنزلة
الأجنبي عنده على ما عرف فصل في العزل والقسمة وإذا مات رب المال
أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة

وكذا

وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وإن ارتد رب المال عن الإسلام والعياذ
بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لأن اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم
ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله
لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة
على حالها لأن له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة
قال فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز
لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصداً يتوقف على علمه وإن علم بعزله والمال
عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لأن حقه قد ثبت في الربح وإنما يظهر
بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وإنما ينض بالبيع قال ثم لا يجوز أن يشتري
بثمنها شيئاً آخر لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث
صار نقداً فيعمل العزل فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نضت لم يجز له
أن يتصرف فيها لأنه ليس في إعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضـ
وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال
دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحساناً لأن الربح لا
يظهر إلا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة
في بيع العروض ونحوها قال وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب
فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له وإن لم
يكن في المال ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء
ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لأن حقوق العقد إلى العاقد
فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير يقال له أحل
مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار
يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بأجرة عادة قال وما هلك من مال المضاربة
فهو من الربح دون رأس المال لأن الربح تابع فصرف الهلاك إلى ما هو التبع

أو لأنه يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على
المضارب لأنه أمين فإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال
بعضه أو كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال رأس ماله لأن قسمة الربح لا تصح
قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء عليه وتبع له فإذا هلك
ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب
ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله وإذا
استوفى رأس المال فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح وإن نقص فلا ضمان
على المضارب لما بينا قال ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها
فهلك المال لم يترادا الربح الأول لأن المضاربة الأولى قد انتهت والثانية
عقد جديد وهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول كما إذا دفع إليه
مالاً آخر **فصل** فيما يفعله المضارب قال ويجوز للمضارب أن يبيع
بالنقد والنسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع
إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن
يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب وله أن يستكريها
اعتبارا لعادة التجار وكذا له أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة
لأنه من صنيع التجار فلو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع أما عندهما فلأن الوكيل
يملك ذلك فالمضارب أولى إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن يقابل ثم يبيع نسيئة
ولا كذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك وأما عند أبي يوسف رحمه الله فلأنه يملك الإقالة
ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل فإنه لا يملك الإقالة ولو احتال بالثمن على الأيسر
أو الأعسر جاز لأن الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر
فيه الأنظر لأن تصرفه مقيد بشرط النظر قال والأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة
أنواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما
ذكرناه ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والرهن والارتهان لأنه

إيفاء واستيفاء والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة
على ما ذكرنا من قبل قال ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل
برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل
دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لأن رب
المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل
تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل
عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق
العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن
يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه
ذلك لأنه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل
ذمته بالدين ولو أذن له رب المال في الاستدانة صار المشترى بينهما نصفان
بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج لأنه نوع من الاستدانة وكذا إعطاؤها
لأنه إقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة
والصدقة لأنه تبرع محض قال ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة وعن
أبي يوسف رحمه الله أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب ألا ترى أنه
يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن
إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق على مال فإنه اكتساب ولكن لما
لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال فإن دفع شيئا من مال المضاربة
إلى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر رحمه الله
تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه
فيصير مستردا ولهذا لا يصح إذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا أن التخلية قد تمت
وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والإبضاع
توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لأنه يمنع

التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة
تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي
الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة
الاولى قال واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان سافر
فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في المال ومعناه شراء وكراء في المال ووجه
الفرق هو ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة
والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة
فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر
بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق
من ماله يتضرر به بخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه
متبرع قال فلو بقي شيء في يده بعدما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء
الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر ان كان يغدو ثم يروح فيبيت باهله
فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال
المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة
وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن
في موضع يحتاج اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن
الفضل ان جاوزه اعتبارا بالمتعارف فيما بين التجار قال واما الدواء ففي ماله
في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح
بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة ووجه الظاهر ان الحاجة
الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة
المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من
رأس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه
ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني

ولان

ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال
فان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد
قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا
المقال على ما مر وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لانه
عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على
المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله
الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه
قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه **فصل آخر** فان كان معه
الف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين فاشترى بالالفين عبدا
فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون
ربع العبد للمضارب وثلثة ارباعه على المضاربة قال رضي الله عنه هذا
الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا ان له
حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة
ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا
صار مشتريا ربعه لنفسه وثلثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين
واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلثة ارباع
الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع
من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى
ثلثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس
المال الفين وخمسمائة لانه دفع الف مرة والفا وخمسمائة مرة ولا يبيعه مرابحة
الا على الفين لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة
الاف فحصة المضاربة ثلثة الاف يرفع رأس المال عنه ويبقى خمسمائة
ربحا بينهما قال فان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه

اياه بالفين بيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد
دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة
على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى
المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف
ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر
في البيوع فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل
العبد رجلا خطأ فثلاثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب
لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه
لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال برأس
ماله لان قيمته الفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب
لما بيناه ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه
يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم بالقسمة
بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا
حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء
الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب
المال ثلاثة ايام بخلاف ما تقدم قال فان كان معه الف فاشترى بها
عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال الثمن ورأس المال جميع ما
يدفع لان المال امانة في يده ولا يصير مستوفيا والاستيفاء انما يكون بقبض
مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان
الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعده حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله
مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في
الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه
المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا

بالقبض

بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على
الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع
الاستيفاء على ما مر **فصل في الاختلاف** قال فان كان مع المضارب
الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك
الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رحمه الله اولا يقول
القول قول رب المال وهو قول زفر رحمه الله لان المضارب يدعي عليه
الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب
لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول
قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا
مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو
يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان
البينات للاثبات ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف
وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب
يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة في الربح وهو ينكر
ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة
فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التمليك
وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي
تجارة بعينها فالقول قول المضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق
والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيها الخصوص ولو ادعى
كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن
يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة
الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان فصاحب الوقت الاخير اولى
لان آخر الشرطين ينقض الاول **كتاب الوديعة** الوديعة امانة في يد

المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا
على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه
يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم قال وللمودع ان يحفظها بنفسه
ومن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال
نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب
الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها عند
غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان
الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره ووضعه في حرز غيره ايداع الا اذا استأجر
الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره
او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا
للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه
يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في
الايداع قال فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد
بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال
فان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم
البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا
يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه
دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر
معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح
موجبة لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالابراء يسقط خيار الضمان
فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب

انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى
لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة
بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فيتعذر التمييز والقسمة
ولو خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رحمه الله ينقطع حق المالك الى الضمان
لما ذكرنا وعند ابي يوسف رحمه الله يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب
اجزاء وعند محمد رحمه الله شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على
ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة
قال وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان
واختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال
فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال
غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال واذا تعدى المودع في
الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها
عند غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يبرأ
عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافات فلا يبرأ الا بالرد
على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه
فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه
ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال فان طلبها صاحبها فجحدها
ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك
غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد
اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل
الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد بعزل
نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع
لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود

الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رحمه الله خلافا
لزفر رحمه الله لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين
ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فيبقى الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته
قال وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة وقالا ليس له ذلك
اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك في الوجهين لابي
حنيفة رحمه الله اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق امنا
ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل
ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي رحمه الله يقيده بالحفظ
المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة
الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر
لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر
لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع ان
يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ
فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما فطلب نصيبه
لم يدفع اليه حتى يحضر الاخر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع اليه نصيبه
وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر
ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد
بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك
وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان ياخذه فكذا
يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة رحمه الله انه طالبه بدفع نصيب الغائب
لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز
حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة
بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى

بامثالها قوله له ان ياخذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا
كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه
اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه قال وان اودع رجل عند رجلين شيئا
مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الاخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد
منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الاخر وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء
اذا سلم احدهما الى الاخر وقالا لاحدهما ان يحفظها باذن الاخر في الوجهين
لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الاخر ولا يضمنه كما
فيما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف
الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى
الاخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع
عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع
عليه اناء الليل واطراف النهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل الى
احدهما في بعض الاحوال قال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها
الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى
احد من عياله فدفعها الى من لا بد منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة
فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه
عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا
الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من
العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر
وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت اخر من الدار لم يضمن لان الشرط
غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها
في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد

فلو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بان كانت الدار التي فيها البيتين عظيمة
والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال وان اودع رجل
وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يضمن الآخر
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر
رجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا
لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض
فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه
اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه
بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه
لحضور رأيه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه
بذلك واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح
اذا القت في حجره ثوب غيره قال وان كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد
منهما انها له اودعها اياه فابى ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح
ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر
بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضي
جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبهما
ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما
لعدم الحجة وان نكل اعني للثاني يقضي لوجود الحجة في حقه وان نكل للاول
يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة
موجبة بنفسه فيقضي به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخر
ليحلف الثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضي بينهما نصفين
على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا
اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة

في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصفه لكل واحد بنصف الالف فيغرمه فلو
قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي في الجامع الصغير
انه يحلف للثاني فاذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني
لانه تقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر
الخصاف رح انه ينفذ قضاؤه للاول ووضع المسألة في العبد وانما نفذ
لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا
دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار
للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا
ولا اقل منه قال ينبغي ان يحلفه عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رح
بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد
خلافا له وهذه فريعة تلك المسألة وقد وقع فيه بعض الاطناب

كتاب العارية قال العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار
النبي عليه السلام دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي
يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة
ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه
النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية
من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك
كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان يقبل النوعين
فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك
كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظ الاباحة وهي تمليك والجهالة لا تفضي
الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك يثبت بالقبض
وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل
المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره انش

شاء الله تعالى قال ويصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه
الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة
اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك
المنافع تجوزا قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه
وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمري سكنى لانه جعل
سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك
المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله
عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا
فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع
عنه قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رح
يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن يثبت
ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض
على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع
بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه والاذن وان
ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما
وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض
على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف
في موضعه قال وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره فان آجره فعطب
ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه
لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه
لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة
الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يصح الاجارة
كان غصبا فان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه

ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه
وان ضمن المستاجر يرجع على الموجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا
لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم قال وله ان يعيره اذا كان لا يختلف
باختلاف المستعمل وقال الشافعي رحمه الله ليس له ان يعيره لانها اباحة
المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع
غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة
للضرورة وقد اندفعت بالاباحة هنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على
ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للتمليك
في الاجارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل
دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي به باستعمال غيره قال رضي الله عنه
وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهو على اربعة اوجه احدها ان
يكون مطلقة في الوقت والانتفاع فللمستعير فيه ان ينتفع به اي
نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان تكون مقيدة
فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا
الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة ان كان كيلا والثالث
ان يكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه
وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل
ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب غيره وان كان الركوب مختلفا
لانه لما اطلق فله ان يعينه حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه
تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه بنفسه حتى لو فعله ضمنه لانه
تعين الاركاب قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود
قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك
عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او بالقرض والقرض

ادناهما فيثبتا ولان في قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد
المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار
دراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة
المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلده قال
واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس فيها جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه
قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها معلومة تملك
بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير
فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المعير مغتر غير
مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية
ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرناه ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد
ضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت
له فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره
القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله انه يضمن رب الارض
للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما
ولا يضمنه قيمتها فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر
بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح
بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت
او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس
لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية
على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجر مؤنة
الرد فيكون عليه واجرة رد العين المستاجرة على المؤجر لان الواجب على المستاجر
التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للموجر معنى فلا يكون
عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد

والاعادة

والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه قال واذا استعار
دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي
القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه
اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت
فلو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط فان استعار عبدا فرده
الى دار المالك ولم يسلمه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة
الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك
بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى
من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها
عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا
من العرف فيه قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او مع اجيره لم يضمن والمراد
بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في
عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها
مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى انه لو رده اليه
فهو يرده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل
فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا
فان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسألة ان المستعير لا يملك الايداع وقد علم
كما قال بعض المشايخ وقال بعضهم يملك لانه دون الاعارة فاولوا هذه
المسألة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة
يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة
الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان
لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تختص بالزراعة والاعارة تنتظمها
وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها

لا تعار الا للسكنى **كتاب الهبة** الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام
تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض
اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول
والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل
القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام
لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت
ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع
به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد
الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهليته اللزوم وحق الوارث متأخر عن
الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز
استحسانا فان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في
القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف في ملك الواهب
اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول
في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات
الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد
الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول
يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان
الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت
ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال
النبي عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال
اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا تنعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام
وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة
اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم

عينه

عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون
عارية لان عينها لا تطعم واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث
فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا
اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل
هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا
على الفرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب
يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسى الامير فلانا
ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل
ولو قال داري هبة لك سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكم في
تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا
اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية
هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس
بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال
ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم
جائزة وقال الشافعي رحمه الله تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في
المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون
محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض
منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه
وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة
ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض
القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة يلزمه فيما
لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض
وكذا البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص

عليه ولانها عقود ضمان فيناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد
ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير
منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال
ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز
لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع قال ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا
في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب
معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه فالمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد
باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن
بالضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع
لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع قال واذا كانت العين
في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضته والقبض
هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة
اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها
الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بينما اذا كان في يده
او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا
بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذلك
اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذا كل من يعوله
وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار
فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب
او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان
كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ
ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذلك
اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي

آخر

آخر ان ينزعه من يده فيملكه لما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه
جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز
قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل
الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه
الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة
لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من واحد دارا
جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين
لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك
واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد
منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد
منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع
بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما
لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم
او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين
ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد تمليك
بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى فقال وكذلك
الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على
هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد
بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل
الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها
لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز ولو
قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف رحمه الله فيه روايتان فابو
حنيفة رحمه الله مر على اصله وكذا محمد رحمه الله والفرق لابي يوسف رح

انما التنصيص على الاعواض يظهر ان قصده ثبوت الملك في العوض فيتحقق
الشيوع ولهذا لا يجوز اذا اعوض من رجلين ونص على الاعواض باب
الرجوع في الهبة قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال
الشافعي رحمه الله لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته
الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما
يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له
ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض ولان
المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ
العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد فانه
يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم
اما الكراهة فلازمة فيه لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد
في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان
يعوضه عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه
الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها
تحت العقد قال او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك
الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي
عن العقد اذ هو ما اوجبه قال او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل
بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه قال فان وهب
له دارا فبنى في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او اريا
وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة
وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد
زيادة اصلا وقد يكون الدار عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة
منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال فان باع نصفها غير مقسوم رجع في

الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع منها شيئا له ان يرجع في نصفها
لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى وان وهب هبة لذي
رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لذي رحم
محرم لم يرجع فيها ولان المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين
للآخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت
العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع ولو ابانها بعدما وهب لها
فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك
او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود
وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا
فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من
الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض
لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة
الا ان يرد ما بقي من العوض ثم يرجع وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اعتبارا
بالعوض الآخر قلنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه
لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل
العوض فلم يسلم فله ان يرده قال وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع في
النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع الا
بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول
المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل او بالقضاء حتى لو كانت الهبة
عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ عتقه ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام
ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا
دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او
بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع

لأن العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان الفسخ مستوفيا حقا ثابتا له
فيظهر على الإطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في
وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال وإذا تلفت العين الموهوبة
فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لأنه عقد
تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد
المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال وإذا وهب بشرط العوض اعتبر
التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع لأنه هبة ابتداء فإن تقابضا
صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيها الشفعة
لأنه بيع انتهاء وقال زفر رحمه الله والشافعي رحمه الله هو بيع ابتداء وانتهاء
لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع
العبد من نفسه إعتاقا ولنا أنه مشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا
بالشبهين وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد
والبيع من حكمه اللزوم وقد ينقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف
بيع نفس العبد منه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح مالكا لنفسه
فصل قال ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء
لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل
لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل
بالشروط الفاسدة وهذا الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها
لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل
بها ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه
الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن
شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة
المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك فإن وهبها له على أن يردها

عليه

عليه أو على أن يعتقها أو يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار
على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل
لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها
ألا ترى أن النبي عليه السلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف البيع لأنه
عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولأن الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل
في المعاوضات دون التبرعات قال ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء
غد فهي لك أو أنت منها بريء أو قال إذا أديت إلى النصف فلك نصفه أو أنت
بريء من النصف الباقي فهو باطل لأن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه
وهبة الدين ممن عليه إبراء وهذا لأن الدين مال من وجه ومن هذا الوجه
كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان إسقاطا ولهذا قلنا إنه
يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات
المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال والعمرى
جائزة للمعمر له في حال حياته ولورثته من بعده لما روينا ومعناها
أن يجعل داره له عمره فإذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما
روينا وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله جائزة لأن قوله داري
لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما أنه عليه السلام أجاز العمرى
ورد الرقبى ولأن معنى الرقبى عندهما إن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة
كأنه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل وإذا لم يصح يكون عارية
عندهما لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به **فصل في الصدقة** قال
والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض لأنه تبرع كالهبة فلا يجوز في
مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لأن المقصود
هو الثواب وقد حصل وكذا إذا تصدق على غني استحسانا لأنه قد يقصد

بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لغني ولان المقصود الثواب
وقد حصل قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه
الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع
ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل
القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب
فاذا اكتسب يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل والله تعالى اعلم

كتاب الاجارات

الاجارة عقد يرد على المنافع بعوض لان الاجارة
في اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة
وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه
لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلام
اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استأجر
اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار
اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول
ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال حدوث المنفعة ولا يصح
حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في
المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة فصار كجهالة الثمن والمثمن في
البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة لان الاجرة
ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان
فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير
معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح
العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة
كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله
اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة

معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا يجوز الاجارة
الطويلة كيلا يدعي المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار
قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته
او استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه
اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول
وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال
الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد ان
يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة
كما في الاجير الواحد ولا بد من بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة
بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا بان ينقل له هذا الطعام الى موضع
معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة
معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب
بالعقد وتستحق باحدى معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير
شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي رحمه الله تجب بنفس العقد
لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت
الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث
المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي
في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك
في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت
حقا له وقد ابطله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها
لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامها اذ التمكن من الانتفاع
يثبت به وان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم
مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم

وانفسخ العقد فسقط الاجر فان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ
الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللموجر ان يطالبه باجرة كل يوم لانه
منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق بالعقد لانه بمنزلة
التاجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بيناه ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال
ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابوحنيفة رحمه الله
يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول
زفر رحمه الله لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على
اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس
استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة
يفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال وليس للقصار
والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب
به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا
قال الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم ومن استاجر خبازا ليخبز له
في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل
بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل
التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع في
بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال العبد الضعيف عصمه الله
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه
ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء
ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف
عليه اعتبارا للعرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر اذا اقامه
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحقه حتى يشرجه لان التشريج من تمام العمل
اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كالاخراج من التنور ولان الاجير هو الذي

يتولاه

يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لا نص عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان العمل قد تم
بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل
الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه
غير منتفع به قبل الاخراج قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ
فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله
حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند
ابي حنيفة رحمه الله لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر
له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى
العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته
غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله
تعالى وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالجمال
والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه
فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الابق حيث
يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف
الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب
علمائنا الثلاثة رحمة الله عليهم اجمعين وقال زفر رحمه الله ليس له حق الحبس
في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فسقط حق الحبس ولنا
ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم
فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضى البائع واذا شرط على الصانع
ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه
فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر
من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره
بمنزلة ايفاء الدين **فصل** ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله

فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء برد البقية فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود
عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين وان استاجره ليذهب
بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له
وهذا عند ابي حنيفة وهو مذهب ابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله تع
له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا
لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان
المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في
الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسئلة
التي تلي هذه المسئلة وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب
بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة
فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود
عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد رحمه الله لان المعقود
عليه هناك قطع المسافة على ما مر **باب ما يجوز من الاجارة وما يكون
خلافا فيها** قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل
فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد
وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا
لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة ويجوز
استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستاجر
الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان
في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع
في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر
الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد
تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع

المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت
الجهالة المفضية الى المنازعة قال ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها او ليغرس
فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة
لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما
اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت والزرع بقل حيث يترك باجر
المثل الى زمان الادراك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين
قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه وهذا
برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكها بغير
رضاه قال او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله
ان لا يستوفيه قال وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة
فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال ويجوز استيجار الدواب
للركوب والحمل لانه منفعة معهودة معلومة فان اطلق الركوب جاز ان يركب
من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره
لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه
وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس
في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره
فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له
ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف
باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد
لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه قال وان سمى نوعا وقدرا
يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في
الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا
من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح لانعدام الرضاء فيه فان

استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا لأنه ربما
يكون أضر بالدابة فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهر الدابة والقطن ينبسط على
ظهره قال ومن استأجر ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا يعتبر
بالثقل لأن الدابة يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية
ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة
في الجنايات وإن استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت
ما زاد الثقل لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم
مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن العادة
وإن كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى
وقالا لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد
فكان حاصلا بإذنه فلا يضمنه ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإذن مقيد بشرط السلامة
إذ يتحقق السوق بدونه وإنما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في
الطريق وإن استأجرها إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة
ثم نفقت فهو ضامن وكذا العارية قيل تأويل هذه المسألة إذا استأجرها
ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا إلى
يد المالك معنى أما إذا استأجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع إذا خالف في
الوديعة ثم عاد إلى الوفاق وقيل الجواب مجرى على إطلاقه والفرق أن المودع مأمور
بالحفظ مقصودا فبقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد
نائب المالك وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا
فإذا انقطع لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا أصح ومن اكترى حمارا بسرج
فنزع السرج وأسرجه بسرج يسرج مثله الحمر فلا ضمان عليه لأنه إذا كان يماثل
الأول يتناوله إذن المالك إذ لا فائدة في التقييد بغيره إلا إذا كان زائدا عليه
في الوزن فحينئذ يضمن الزائد وإن كان لا يسرج بمثله ضمن لأنه لم يتناوله الإذن

من جهته فصار مخالفا وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في
السرج وهذا أولى وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا يضمن بحسابه لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون
المالك راضيا به إلا أنه إذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه
لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كان من جنسه ولأبي حنيفة رحمه الله
أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط أحدهما
على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فكان مخالفا كما إذا حمل الحديد وقد شرط
له الحنطة وإن استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره
يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وإن بلغ فله الأجر وهذا إذا لم يكن
بين الطريقين تفاوت لأن عند ذلك التقييد غير مفيد أما إذا كان تفاوت
يضمن لصحة التقييد فإنه مفيد إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان طريقا
يسلكه الناس فلم يفصل وإن كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لأنه صح
التقييد فصار مخالفا وإن بلغ فله الأجر لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي
صورة قال وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر
وإن بلغ فله الأجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استأجر أرضا
ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة
لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا إلى شر فيضمن ما نقصها
ولا أجر له لأنه غاصب للأرض على ما قررناه ومن دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه قميصا
بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمة الثوب وإن شاء أخذ القباء وأعطاه
أجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق لأنه يستعمل
استعمال القباء وقيل هو مجرى على إطلاقه لأنهما يتقاربان في المنفعة ثم عن
أبي حنيفة رحمه الله أنه يضمنه من غير خيار لأن القباء خلاف جنس القميص ووجه
الظاهر أنه قميص من وجه لأنه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت

الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شيئا الا انه يجب اجر المثل لقصور
جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات
الفاسدة على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء
قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل
المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا
هٰهنا **باب الاجارة الفاسدة** قال الاجارة تفسدها الشرط كما
تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة
اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ
اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة
الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل
بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقط الزيادة
واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين
متقوم في نفسه وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا
فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية
الشهور الا ان يسمي جملة الشهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل متى دخلت على ما
لا نهاية له ينصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح
العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد
الصحيح ولو سمى جملة الشهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة قال
فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي
وكذلك كل شهر سكن في اوله ساعة لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني
الا ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية
انه يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر ويومها لان في اعتبار
الاول بعض الحرج وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط

كل شهر من الاجرة وذلك لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر
واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم
يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة
على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليس بمحل له ثم ان كان
العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل
وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية
عن ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف رح
الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول
منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتدى الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى
آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام
والحجام اما الحمام فلتعارف الناس فلم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عم
ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي عن النبي
عليه السلام انه احتجم واعطاه الحجام الاجر ولانه استيجار على عمل معلوم
باجر معلوم فيقع جائزا قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان
يواجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس
والمراد اخذ الاجرة عليه قال ولا يجوز الاستيجار على الاذان والحج وكذا
الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز
الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على
الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عم
اقرؤا القرآن ولا تاكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله عليه السلام الى
عثمان بن العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة
متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا يعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر عن غيره
كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم

فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا
الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لظهور التواني في الامور الدينية ففي الامتناع
تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال ولا يجوز الاستيجار على الغناء
والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد
قال ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رحمه الله الا من الشريك وقالا اجارة
المشاع جائزة وصورته ان يواجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة
من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية
او بالتهايؤ فصار كما اذا استاجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي
حنيفة رحمه الله انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم
المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل
الذي يحصل به التمكن ولا يتمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما
التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة
على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا فاما اذا
آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضر
على انه لا يصح في رواية الحسن رحمه الله وبخلاف الشيوع الطاري لان القدرة
على التسليم ليس بشرط للبقاء بخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة
ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طاري قال ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة
لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا
في عهد رسول الله عليه السلام وقبله واقرهم ثم قيل ان العقد يقع على المنافع
وهي خدمتها الصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في
الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته
بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة
لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها

وسنبين

وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما
ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال
ويجوز بكسوتها وطعامها استحسانا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز
لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة
لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد
فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز وغيره لان الجهالة فيه تفضي الى
المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة
واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل
الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام
وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها
اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا
لهما وقد مر في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر
والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند
الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطي
حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا لم
يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه من غشيانها في منزله لان المنزل
حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من
لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا
وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه
العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح
الطعام وغير ذلك على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد رح
ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته
في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع

فإن هذا إيجار وليس بإرضاع فإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى أنه اختلف العمل
ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف فله أجر مثله وكذا إذا استأجر
حماراً ليحمل طعاماً بقفيز منه فالإجارة فاسدة لأنه جعل الأجر بعض ما
يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهي عنه النبي عليه السلام وهو أن
يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا أصل كبير يعرف به
فساد كثير من الإجارات سيما في ديارنا والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن
تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول وحصوله بفعل الأجير
فلا يعد هو قادراً بقدرة غيره وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف
طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الأجر لأن الأجير ملك الأجر في الحال
بالتعجيل مشتركاً بينهما ومن استأجر رجلاً ليحمل طعاماً مشتركاً بينهما لا يجب
الأجر لأنه ما من جزء يحمله إلا هو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه
قال ولا يجاوز بالأجر قفيزاً لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما
سمي ومن أجر المثل لأنه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في
الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد رحمه الله لأن المسمى هناك
غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استأجر رجلاً ليخبز له هذه العشرة
المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال
أبو يوسف ومحمد رحمة الله عليهما في الإجارات هو جائز لأنه يجعل
المعقود عليه عملاً ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحاً للعقد فترتفع
الجهالة وله أن المعقود عليه مجهول لأن ذكر الوقت يوجب كون
المنفعة معقوداً عليها وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه ولا
ترجيح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الأجير في الأول فيفضي إلى
المنازعة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يصح الإجارة إذا قال في
اليوم وقد سمى عملاً لأنه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف

قوله

قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق قال ومن استأجر أرضاً على أن يكربها
ويزرعها أو يسقيها ويزرعها فهو جائز لأن الزراعة مستحقة بالعقد
ولا يتأتى الزراعة إلا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقاً وكل
شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد
فإن اشترط أن يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد لأنه يبقى
أثره بعد انقضاء المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة
لأحد المتعاقدين وما هذه حاله يوجب الفساد ولأن مؤاجر الأرض يصير
مستأجراً منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة
واحدة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية أن يردها مكروبة
ولا شبهة في فساده وقيل أن يكربها مرتين في موضع تخرج الأرض الريع
بالكراب مرة والمدة سنة واحدة فلو كان ثلاث سنين لا يبقى منفعته
وليس المراد بكري الأنهار الجداول بل المراد منها الأنهار العظام وهو الصحيح
لأنه يبقى منفعته في العام القابل قال فإن استأجرها ليزرعها بزراعة
أرض أخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رحمه الله هو جائز وعلى هذا
إجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له أن المنافع
بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين ولا يصير ديناً بدين ولنا أن
الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة
وإلى هذا أشار محمد رحمه الله ولأن الإجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة
ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة قال وإذا كان
الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه
فحمل الطعام كله فلا أجر له وقال الشافعي رحمه الله له المسمى لأن المنفعة
عين عنده وبيع العين شائعاً جائز فصار كما إذا استأجر داراً مشتركة
بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب

قلنا انه استاجر على عمل لا وجود له الا بالحمل فلا يتصور في الشائع
بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه فلا يجب
الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق
التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها
بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه
وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي
شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما
يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ومنه ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود معلوما
عليه فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز
وهو قول زفر رحمه الله لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا ووجه الاستحسان
ان الجهالة ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل
مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل
عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة
امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى
استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي
المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك
من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو
العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا
الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي
حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله ويضمنه عندهما الا من شيء غالب
كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا
يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك

هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة والغصب كان التقصير من جهته فيضمنه
كالوديعة اذا كانت باجرة بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه
والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رحمه الله تعالى
ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن
التحرز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا يضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق
عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بالاجرة لان الحفظ
مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه
وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها
مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا
فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل
تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر
وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن ماذونا
فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع
وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف اجير الوحد على ما نذكره ان شاء
الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال الا انه لا يضمن
به بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان يسوقها ويقودها
لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا
يجب على العاقلة وضمان العقود لا يتحمله العاقلة قال واذا استاجر من يحمل له
دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي
حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه
اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه
واما الخيار فلانه انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا اذام
من الابتداء من هذا الوجه وفيه وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه

فلم يكن متعديا وانما صار متعديا عند الكسر فيميل الى الجهتين شاء وفي الوجه الثاني
له الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا قال واذا
فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب
من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا باذن
مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه
انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم
فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه
لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال
والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن
استؤجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل
لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا
يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف
في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه
وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان
عندهما لصيانة اموال الناس والاجير وحد لا يتقبل الاعمال فيكون
السلامة غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت
للمستأجر مملوكة فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله
منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله تعالى اعلم باب
الاجارة على احد الشرطين قال واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا
فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل من هذين العملين
عمل استحق الاجر وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته
بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا
بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان

بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره
بين ثلاثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع
دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط
ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما
وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة
الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا
فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند
ابي حنيفة رحمه الله لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير رحمه الله
لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
الشرطان جائزان وقال زفر رحمه الله الشرطان فاسدان لان الخياطة
شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا
لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان
ولهما ان ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان
ولان التعجيل في ذلك مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي
حنيفة رحمه الله ان ذكر الغد للتعليق والتأخير حقيقة ولا يمكن حمل
اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل
واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول
ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم
لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم
ولا ينقص من نصف لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر
لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم
الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله هو الصحيح
لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى ولو قال

إن أسكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وإن أسكنته حدادا فبدرهمين
جاز وأي العملين عمل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى
وقالا الإجارة فاسدة وكذا لو استأجر بيتا على أنه إن سكن فيه فبدرهم
وإن سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى
وقالا لا يجوز ومن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم فإن جاوز بها إلى القادسية
فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن
حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في
قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وجه قولهما أن المعقود مجهول
عليه وكذا الأجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف
خياطة الرومية والفارسية لأن الأجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة
أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا
الحرف هو الأصل عندهما وله أبي حنيفة رح أنه خيره بين عقدين صحيحين
مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية وهذا لأن سكناه بنفسه
يخالف إسكان الحداد ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في أخواتها
والإجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة فلو احتيج إلى الإيجاب
بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به **باب إجارة العبد** ومن استأجر
عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السفر
اشتملت على زيادة المشقة فلا ينتظمها الإطلاق ولهذا جعل
السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد والقصار في الدار لأن التفاوت
بين الخدمتين ظاهر فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في
الركوب ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن
يأخذ منه الأجر وأصله أن الإجارة صحيحة استحسانا إذا فرغ من العمل
والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر وصار كما إذا هلك

العبد

العبد وجه الاستحسان نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك
العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة وإذا جاز لم يكن للمستأجر أن يأخذ
منه ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا
ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن لأنه أكل مال المالك
بغير إذنه إذ الإجارة قد صحت على ما مر وله أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال
محرز في حق الغاصب لأن العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده
فإن وجد المولى الأجر قائما بعينه أخذه لأنه وجد عين ماله ويجوز قبض
العبد الأجر في قولهم جميعا لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ
على ما مر ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة
فهو جائز والأول منهما بأربعة لأن الشهر المذكور أولا ينصرف إلى ما يلي
العقد تحريا للجواز أو نظرا إلى تنجيز الحاجة فينصرف الثاني إلى ما يلي
الأول ضرورة ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء
آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال أبق أو مرض حين أخذته وقال المولى
لم يكن ذلك إلا قبل أن يأتيني بساعة فالقول قول المستأجر وإن جاء به
وهو صحيح فالقول قول المؤجر لأنهما اختلفا في أمر محتمل فيترجح بحكم الحال
إذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا وإن لم يصلح حجة في نفسه
وأصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه **باب الاختلاف**
قال وإذا اختلف الخياط ورب المال فقال صاحب الثوب أمرتك أن تعمله
قباء وقال الخياط قميصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه
أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب
لأن الإذن يستفاد من جهته ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول
قوله فكذا إذا أنكر صفته لكنه يحلف لأنه أنكر شيئا لو أقر به لزمه
قال وإذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه

وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يتخير في مسئلة الصبغ اذا خالف ان شاء
ضمنه قيمة ثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به
المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب
وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول
صاحب الثوب عند ابي حنيفة رحمه الله لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم
بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف
ان كان حريفا اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة
الطلب جريا على معتادهما وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه
الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى
التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قال ابو حنيفة رحمه الله
لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق

باب فسخ الاجارة

قال ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر
بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان
هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستأجر اذا استوفى
المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه تسليم جميع البدل كما في البيع وان فعل
المؤجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه قال واذا خربت
الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة
لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه
فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن اصحابنا من قال ان العقد
لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في
البيع وعن محمد رحمه الله الآجر لو بناها ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا
تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما
ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه

واذا

واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي
العقد يصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد
لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم ينفسخ
مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى
قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان
المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو
كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا
انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه
كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة
لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل
ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على
القبض اذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة قال وتنفسخ الاجارة بالاعذار
عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تنفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده
بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة
وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتنفسخ
به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد
لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استأجر حدادا ليقلع
ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة
فاختلعت منه تنفسخ الاجارة لان في المضي عليها التزام ضرر زائد لم يستحق
بالعقد وكذا من استأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر
دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن
ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري على موجب العقد
التزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على

عدم مال آخر ثم قوله يفسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي
في النقض وهكذا ذكره في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير
كل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج
فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على
ما مر فينفرد العاقد بالفسخ وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد
من الزام القاضي ومنهم من وفق بالظاهر فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج
الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر ومن
استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على
موجب العقد لزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او في
طلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر
لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المواجر
فقعد فكذلك الجواب على رواية الاصل وروى الكرخي رحمه الله انه عذر
لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن آجر
عبدا ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر في المضي على موجب
العقد انما يفوته الاسترباح وانه امر زائد واذا استاجر الخياط غلاما
فافلس فترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب
العقد لفوات مقصوده وهو راس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل
لنفسه اما الخياط الذي يخيط باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض
فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف
فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل
في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد
ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد
لا يمكنه الجمع بين العملين اما ها هنا العامل شخصان فامكنهما قال ومن

استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام
ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع عن السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق
بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا
آجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المسافر يمكنه استيفاء المنفعة بعد
غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام
الاجر بدون السكنى وذلك ضرر **مسائل منثورة** ومن استاجر ارضا او استعارها
فاحرق الحصائد فاحترق شيء في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير
متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا
كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقدها
يعلم انها لا تستقر في ارضه قال واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته
من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذا شركة الوجوه في الحقيقة
فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا
تضره الجهالة فيما يحصل قال ومن استاجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين
الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رح
للجهالة فيه وقد يفضي الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو
الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى
المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال وان
شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه ابعد من الجهالة واقرب الى تحقق الرضاء
قال وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز
ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان
يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند
البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق **كتاب المكاتب** قال واذا
كاتب عبده او امته على مال شرط عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا

أما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا. وهذا ليس أمر إيجاب
بإجماع الفقهاء وإنما هو أمر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الإباحة إلغاء
الشرط إذ هو مباح بدونه أما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على
ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا
يكاتبه وإن كان يصح لو فعله وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه
فلا بد من التزامه ولا يعتق إلا بأداء كل البدل لقوله عليه السلام أيما عبد
كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين
وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى
إذا أديتها فأنت حر لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح كما في البيع ولا يجب
حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا
ومنجما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا فلا بد من نجمين لأنه عاجز
عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق بخلاف السلم على أصله
لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الإقدام على العقد
عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولأنه عقد معاوضة
والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف
السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولأن مبنى
الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة
وفي الحال كما امتنع من الأداء يرد في الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير إذا كان
يعقل الشراء والبيع لتحقق الإيجاب والقبول إذ العقل نافع في حقه
والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه وهو مبني على مسألة إذن الصبي في التجارة
وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء لأن القبول لا يتحقق منه
فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال ومن قال

لعبده جعلت عليك ألفا تؤديها إلي نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أديتها
فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكاتبة لأنه أتى بتفسير الكتابة
ولو قال إذا أديت ألفا كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة في رواية أبي
سليمان رحمه الله لأن التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ أبي
حفص رحمه الله لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالأداء مرة قال وإذا
صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه أما الخروج من يده
فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو
لتحقق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى
السفر وإن نهاه المولى وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولأنه عقد
معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجيز العتق ويتحقق
بتأخره لأنه يثبت له نوع مالكية ويثبت له حق في الذمة من وجه فإن أعتقه
عتق بعتقه لأنه مالك لرقبته وسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه
إلا مقابلا بحصول العتق له وقد حصل دونه قال وإذا وطئ المولى
مكاتبته لزمه العقر لأنها صارت أخص بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة
وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع
البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته
الجناية لما بينا وإن أتلف مالا لها غرم لأن المولى كالأجنبي في حق أكسابها
ونفسها إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو
خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة أما الأول فلأن الخمر والخنزير
لا يستحقه المسلم لأنه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد
وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت
الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة ولأنه تنصيص على ما هو

موجب العقد الفاسد لانه موجب القيمة قال فان ادى الخمر عتق وقال
زفر رحمه الله لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة وعن ابي
يوسف رحمه الله انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة
ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يعتق باداء
عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط
وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه
الفرق بينها وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار
معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء البدل المشروط واما الميتة
فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى
الشرط وذلك بالتنصيص عليه فاذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى
في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق
فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه
لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما
في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة
كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فيجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه
على قيمته يعتق بادائها لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه
واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء
ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت
العتق بدون ارادته قال وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز
لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال
كاتبتك على هذه الالف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في
المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رحمه الله
رواه الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز رد في الرق لان المسمى

المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فاشبه الصداق قلنا العين
في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا
كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة
على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز
صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة
فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم
الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع بينهما انه لا يفيد ملك المكاسب
وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان
البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف رحمه الله انه
يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها
يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك
المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا اداه لا يعتق وعلى
هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ
يعتق بحكم الشرط وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتق قال ذلك او لم يقل
لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو
كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهو مسئلة الكتابة على الاعيان
عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى قال
وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة
فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هي
جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيبطل
منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة
وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود
ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح

بدله وكذا المستثنى قال وان كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة
ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر
على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة
فلا يجوز لانه اسم يشمل اجناسا فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد
والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البدل
بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة
فاشبه البيع قلنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك
فيه فاشبه النكاح والجامع انه ينبني على المسامحة بخلاف البيع فان مبناه على
المماكسة قال واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا
معلوما والعبد كافر لانه مال في حقهم كالخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر
لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم
البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما
حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة
فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة
اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا فان قبضها عتق لان في الكتابة
معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد
وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من
اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل **باب ما يجوز للمكاتب
ان يفعله** قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير
المكاتب حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده
وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر
لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة
لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة واحدة ليربح في اخرى

في اخرى قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان
هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت
الاختصاص فيبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد
وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه
بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل
وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه وهذا هو الاصل ونقول ان الكتابة في
جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر
اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال
ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل
الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له
ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير
مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة
واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه
ولا يتكفل لانه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه
بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع
الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته
جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فيدخل تحت العقد قال وكذلك ان كاتب
عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان مآله العتق
والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب
للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل
الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم
هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق
ما هو ثابت له قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى

لأن له فيه نوع ملك فيصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة فإذا تعذرت
إضافته إلى المباشر للعقد لعدم الأهلية أضيف إليه كما في العبد إذا اشترى
شيئاً فلو أدى الأول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء إليه لأن المولى جعل
معتقاً والولاء لا ينتقل عن المعتق فإن أدى الثاني بعد عتق الأول فولاؤه
للأول لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت له قال ولو أعتق
عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لأن هذه الأشياء
ليست من الكسب ولا من توابعه أما الأول فلأنه إسقاط الملك عن رقبته
وإثبات الدين في ذمة المفلس وكذلك الثاني لأنه إعتاق على مال في الحقيقة
وأما الثالث فلأنه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة
بخلاف تزويج الأمة لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال وكذلك
الأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لأنهما يملكان الاكتساب كالمكاتب
ولأن في تزويج الأمة والكتابة نظراً له ولا نظر فيما سواهما والولاية
نظرية قال فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله عليهما وقال أبو يوسف رحمه الله له أن يزوج أمته
وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه
على المكاتب واعتبره بالإجارة ولهما أن المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة
فأما المكاتب فإنه يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولأنه مبادلة المال
بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة إذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا
لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد فصل وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه
دخل في كتابته لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل الإعتاق فيجعل مكاتباً
تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق
عليه وإذا اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند
أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يدخل اعتباراً بقرابة الولاد إذ وجوب الصلة

الصلة ينتظمها ولهذا لا يفترقان في حق الحرية ولأبي حنيفة أن للمكاتب كسباً لا ملكاً
غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة
الوالدين والولد ولا يكفي في غيرها حتى لا تجب نفقة الأخ إلا على الموسر
ولأن هذه قرابة توسطت بين بني الأعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثاني
في العتق وبالأول في الكتابة وهذا أولى لأن العتق أسرع نفوذاً من الكتابة
حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه وإذا أعتق لا يكون له فسخه
قال وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه إذا كان
معها ولده أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا وأما امتناع البيع فلأنها
تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام أعتقها ولدها وإن لم يكن معها
ولد فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله عليهما لأنها أم ولد خلافاً
لأبي حنيفة رحمه الله وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد لأن
كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ إلا أنه يثبت هذا
الحق فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو
ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته
لما بينا في المشتري وكان حكمه كحكمه وكسبه له لأن كسب الولد كسبه
ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك إذا
ولدت المكاتبة ولداً لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً فيسري إلى الولد
كالتدبير والاستيلاد قال ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه
ولداً دخل في كتابتها وكان كسبه لها لأن تبعية الأم أرجح ولهذا يتبعها
في الحرية والرق قال وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة
فولدت منه ولداً ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة
وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى
وأبي يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله أولادها أحرار بالقيمة

لانه يشارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب
في نكاحها الا لينال به مصالح حرية الاولاد ولنا انه مولود بين رقيقين
فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الحرية والرق فخالفنا
هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة وهذا ليس في معناه لان حق المولى
هناك مجبور بقيمة ناجزة وهنا بقيمة متأخرة الى ما بعد الاعتاق فبقي
على الاصل فلا يلحق به قال وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن
المولى ثم استحقها اخذ بالعقر في المكاتبة وان وطئها على وجه النكاح
لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون ووجه الفرق ان في الفصل الاول
ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر
من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر
اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه
الكتابة كالكفالة قال واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها
فردها اخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له لانه من التجارة
فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه
بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى **فصل** واذا ولدت
المكاتبة من مولاها فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت
نفسها وصارت ام ولد له لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة
بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك
اعتاق ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت
على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما
قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة
وان ماتت هي وتركت مالا تؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا
على موجب الكتابة فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت

ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت
من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك
عتق وبطلت عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال
واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى
وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت
بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض
من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا اعتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه
فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير ان لها الاكتساب
والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب
لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى
عتقت بالكتابة لانها باقية قال وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة
ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى
ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله تسعى في الاقل
منهما وقال محمد تسعى في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في
الخيار والمقدار وابو يوسف مع ابي حنيفة رحمهما الله في المقدار ومع
محمد رحمه الله في نفي الخيار واما الخيار ففرع تجزي الاعتاق عنده
لما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين مؤجل بالكتابة
ومعجل بالتدبير فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها
احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار
فلمحمد انه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال
ان يجب البدل بمقابلته الا ترى انه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث
يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة

ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي قيمتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل
وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها
استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة
ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امرأته تطليقتين ثم طلقها ثلثا
على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا هنا
بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل
اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا قال وان دبر مكاتبته صح التدبير لما
بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت
مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات
المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي
قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف
في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه
ما بينا واذا اعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه لقيام ملكه فيه وسقط عنه
بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه
الكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضاء العبد والظاهر
رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة
في حقه وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز
وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان
ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في
حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال
وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا يصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد
الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة
بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه وكان ربوا الاجل فيه شبهة

شبهة قال واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال
له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يؤدي ثلثي الالف
حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان كاتبه على قيمته فله ان يؤخرها
وصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير
بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة
متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف
الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فنظير هذا
اذا باع المريض داره بثلاثة الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة
فعندهما يقال للمشتري ادّ ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع
وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا قال وان كاتبه على الف
الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا
في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما.

باب من يكاتب عن العبد

قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى
عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر للمولى
كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه
المولى على هذا يعتق باداءه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة
كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا
فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان
يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القابل فيصح في حق هذا
الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب
ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع قال واذا كاتب العبد عن نفسه
وعن عبد اخر لمولاه وهو غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى

المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغايب وهذه
كتابة جائزة استحسانًا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق
الغايب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه
ابتداء جعل نفسه اصيلًا في الكتابة والغايب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة
اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعًا حتى عتقوا باداءها وليس عليهم من البدل
شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان يأخذه بكل البدل
لان البدل عليه لكونه اصيلًا فيه ولا يكون على الغايب من البدل شيء لانه تبع فيه
قال وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما
الغايب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى
الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال
وايهما ادى لا يرجع احدهما على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغايب متبرع به
غير مضطر اليه وليس للمولى ان يأخذ العبد الغايب بشيء لما بينا فان قبل العبد الغايب
اولم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة نافذة عليه من غير قبول الغايب فلا يتغير
بقبوله لكن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه
كذا هذا قال واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم ادى
لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلًا
في الكتابة واولادها تبعًا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

قال واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه
ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز
فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما
واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافًا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه
فيقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما
يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعًا

متبرعًا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه
اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف فهو بينهما
والمقبوض مشترك فيبقى كذلك بعد العجز قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها
فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الاخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت
فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها
وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر
امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها
الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرًا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة
كأن لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال
ووطئه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد
ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة
الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائمًا ظاهرًا
وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير
حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة
ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت
ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رح
وقالا هي ام ولد للاول ولا يجوز وطئ الاخر لانه لما ادعى الاول الولد
صار كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد
امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة
وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع
المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبًا
واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب
الولد منه ولا يكون حرًا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه

جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت
كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما
لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف بدل وقيل يجب كل البدل
لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا تظهر في حق سقوط نصف
البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كانت لا تتضرر المكاتبة
بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها
ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا
قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رحمه الله نصف قيمتها
مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا
لانه ضمان التملك وفي قول محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف
ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف
البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما قال واذا كان الثاني
لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما
عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز
تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه صادف ملك غيره والتدبير
يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال وهي ام ولد للاول
لانه يملك نصيب شريكه ويكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف
عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد
وهو يملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا
قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال فان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما
وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه وردت في الرق تصير كانها لم تزل

نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت م

قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو في
مسئلة تجزي الاعتاق وقد قررناه في العتاق واما قبل العجز فليس له

له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده
كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها
مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة
نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد في ذلك ان كان معسرا لانه
ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال واذا كان العبد بين رجلين
دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق
نصف قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق فان اعتقه احدهما
ثم دبره الاخر لم يكن له ان يضمن المعتق وله ان يستسعي او يعتق وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما
يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الاخر فيثبت له خيرة الاعتاق
والتضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده
ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار
العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه
مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم
المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلاثة
البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه
والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه
لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان
اعتقه احدهما اولا كان للاخر الخيارات عنده فاذا دبر لم يبق
خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى
وقالا اذا دبره احدهما فعتق الاخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك
نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا
لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته

فلانه صادفه التدبير وهو قن فان اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل
لان الاعتاق ان يتجزى عندهما فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك
وهو يتجزى عنده فيضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان
كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

واذا عجز المكاتب
عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقتضيه او مال يقدم عليه
اليومين والثلثة نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء
الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء ولا يزاد عليه فان
لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول
علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا
الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد
حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيفاقا واولى المدد ما توافق
عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز
عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى
الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا
دونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم
يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما
ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها قال فان
اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان
الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد
لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضى
كالرد بالعيب بعد القبض قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ

الكتابة

الكتابة وما كان في يده من الاكساب لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا
لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف قال فان مات
المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في
آخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا
قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا وقال الشافعي رح
تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت
رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل
وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده
مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو
الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند
ولنا انه عقد معاوضة فلا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى
فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق
بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت ينافي
المالكية منه المملوكية فينزل حيا تقديرا او تستند الحرية باستناد سبب
الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما
عرف تمامه في الخلافيات قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في
الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته
وعتق الولد لانه داخل في كتابته وكسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا
ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة والا ترد
رقيقا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله واما عندهما فيؤديه الى اجله اعتبارا
بالولد المولود في الكتابة والجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى
اعتاقه بخلاف سائر اكسابه وله وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت
شرطا في العقد فيثبت في من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه

لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه
متصل وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه يسعى في نجومه فان
اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من
اجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع له في الكتابة فيكون
هذا حرا يرث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان
الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد
فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال وان مات المكاتب
وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عاقلة الام
لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها
الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق
فينجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم
موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان
هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها
فانها اذا انفسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل
بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه
فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا قال وما ادى المكاتب من الصدقات
الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى
عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة هي لها صدقة
ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله
على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلا يطيب ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا
اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب له ولو عجز قبل الاداء الى المولى
فكذلك الجواب وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لان بالعجز يتبدل
الملك وكذلك عند ابي يوسف رحمه الله وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنه

لانه

لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا به
ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد
من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد
بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى
يطيب له ما بقي من الصدقات في يده قال واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم
بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا موجب جناية العبد في الاصل
ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة
من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض
به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع
فيه لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقد رجع ابو يوسف رحمه الله اليه وكان يقول اولا يباع
فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو
الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في
جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال
في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل
القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف
التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال واذا مات مولى المكاتب
لم ينفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية
وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق
الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير
الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ
عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب
الوراثة فان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه مال الكتابة لانه يصير ابراء عن

بدل الكتابة فإنه متقوم وتجري فيه الإرث وإذا برئ عن بدل الكتابة يعتق كما
إذا أبرأه المولى إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه لأنا جعلناه
إبراء اقتضاء تصحيحًا لعتقه والإعتاق لا يثبت بإبراء البعض أو أدائه
في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه
العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء
موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم
يضاف إلى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر
النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال إن مولى القوم منهم
وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يؤكدون
الموالاة بالحلف قال وإذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام
الولاء لمن أعتق ولأن التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بإزالة الرق عنه
فيرثه ويصير الولاء كالولاد والولادة لا تنفى بالغرم وكذلك المرأة تعتق لما روينا
ومات معتق لابنة حمزة عنها وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما
نصفين ويستوي فيه الإعتاق بمال وبغيره لإطلاق ما ذكرناه قال
فإن شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لأن الشرط مخالف
للنص فلا يصح قال فإذا أدى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وإن عتق بعد
موت المولى لأنه عتق عليه بما قد باشره من السبب وهو الكتابة وقد قررناه
في المكاتب وكذلك العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته لأن
فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وإذا مات المولى عتق مدبروه
وأمهات أولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لأنه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد
قال ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود
السبب وهو العتق عليه وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة

الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل
عنه أبدًا لأنه عتق على معتق الأم مقصودًا إذ هو جزء منها يقبل الإعتاق
مقصودًا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملًا بما رويناه وكذا إذا ولدت ولدًا
لأقل من ستة أشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق أو ولدت ولدين أحدهما
لأقل من ستة أشهر لأنهما توأمان يتعلقان معًا وهذا بخلاف ما إذا والت
رجلًا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب لأن
الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودًا لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو
ليس بمحل له فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولدًا فولاؤه لموالي
الأم لأنه عتق تبعًا للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن
لقيامه وقت الإعتاق حتى يعتق مقصودًا فإن أعتق الأب جر ولاء ابنه
وانتقل عن موالي الأم لأن العتق هٰهنا في الولد يثبت تبعًا بخلاف الأول
وهذا لأن الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة
النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء
والنسبة إلى موالي الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة فإذا صار أهلًا عاد الولاء
إليه بمنزلة ولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة فإذا أكذب الملاعن نفسه
ينتسب إليه بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد
لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي
الأم وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت والطلاق
البائن لحرمة الوطء فيه وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعًا بالشك
فاستند إلى حالة النكاح فكان الولد موجودًا عند الإعتاق فعتق مقصودًا
وفي الجامع الصغير وإذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادًا فجنى
الأولاد فعقلهم على موالي الأم لأنهم عتقوا تبعًا للأم ولا عاقلة لأبيهم
ولا موالي فألحقوا بموالي الأم ضرورة كما في ولد الملاعنة إذا عقل عنه

فقوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت
مستندا الى وقت العلوق فكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج
من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء الاولاد لمواليها عند ابي
حنيفة رحمه الله قال رضي الله عنه وهو قول محمد رحمه الله وقال
ابو يوسف رحمه الله حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا
بخلاف ما اذا كان عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوي
معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف
فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي
لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب
قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لما انهم تناصروا بها فاغنت عن الولاء
قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب
وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير رحمه الله نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم
ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم
موالي امهم وقال ابو يوسف رحمه الله مواليهم موالي ابيهم لان الولاء وان كان
اضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية
ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله
والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان معتقين فالنسبة
الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب او لان النصرة
به اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة
لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك
فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو شر له وخير لك ولو مات ولم يترك وارثا
كنت انت عصبته وورث ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام وارث
فاذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه

فان

فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات وهذا
لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل
الحديث الثاني فتاخر عن العصبة دون ذوي الارحام قال وان كان للمعتق
عصبة من النسب فهو اولى لما ذكرنا وان لم يكن عصبة من النسب فميراثه للمعتق
تأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد
فرضه لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به
لبيت النسبة وبالمولى الانتصار على ما مر والعصبة من يأخذ ما بقي
فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته لقوله عليه السلام
ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب
من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث وفي آخره او جر ولاء معتقهن وصورة
الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب
بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب
النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة
وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب
فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك
المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه اقربهما
عصوبة وكذا الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة رحمه الله لانه اقرب
في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا
الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها
ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن
دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة منهم عمر وعلي
وابن مسعود وغيرهم ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب

فصل في ولاء الموالاة واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على

ان يرثه او يعقل عنه فاسلم على يديه ووالاه فالولاء صحيح وعقله
على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رحمه الله
الموالاة ليست بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث
آخر ولهذا لا تصح الوصية عنده بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت
المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة
وسئل عليه السلام عن رجل اسلم على يدي آخر ووالاه فقال هو احق الناس به
محياه ومماته وهذا يشير الى الارث والعقل في الحالتين هاتين ولانه ماله
حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه
مستحق قال فان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما
من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد
من شرط الارث والعقل كما ذكرنا في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه
ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى
ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية
وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون
بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره
بغير محضر من الاعلى لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال فاذا عقل
عنه لم يكن له ان يتحول بولائه لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي
ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل
عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهما في حق الولاء بمنزلة شخص
واحد قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه
لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

قال الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن
يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل
يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا

انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر
والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة رحمه الله
ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق
دون المنعة فقد قالوا هو اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة
وبرهان ولم يكن القدرة في عهده الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان
واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع
ما يهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي
اليه من الفعل قال واذا اكره على بيع ماله او شراء سلعة او على ان يقر
لرجل بالف او يؤاجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالحبس او بالضرب الشديد
فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع
لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن
تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فتفسد بخلاف ما
اذا اكره بضرب سوط او بحبس يوم او بقيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى
العادة فلا يتحقق الاكراه به الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به
لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة
الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم
مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف
على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد
الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله في محله والفساد لفقد شرطه وهو
التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه
واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة
كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه
وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته

الا برئ ولم يرض البائع بتلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد
فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته
اما هنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني
قال ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره عليه حتى
ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوت الرضى ومنهم من جعله رهنا
لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند
جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه
قال فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دليل الاجازة كما
في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع
لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب
ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك
في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فيدخل الدفع في الاكراه
على الهبة دون البيع قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده
ان كان قائما في يده لفساد العقد قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره
ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد
وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع
مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن
المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري
نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر
انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف
ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط
حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز **فصل** ومن اكره على ان ياكل الميتة
او يشرب الخمر فان اكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما

بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه
ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول
هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما
وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او على العضو حتى لو خيف
على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد
به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع
معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف رح
انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون اخذا بالعزيمة قلنا
حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم
فكان اباحة لا رخصة الا انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة
لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول
الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله تعالى وسب النبي
عليه السلام بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف
منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس
باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى
قال واذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك
وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر حين ابتلي به
وقد قال له عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال
فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان
ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي
الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل
ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا صبر على ذلك حتى صلب وسماه
النبي عليه السلام سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة

ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء
قال وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه
وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة
وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة المكره فيما يصلح
آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره بقتله على قتل غيره لم يسعه ان يقدم
عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح
لضرورة ما فكذا لهذه الضرورة قال والقصاص على المكره ان كان عمدا قال
رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله
يجب على المكره وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجب عليهما وقال الشافعي رح
يجب عليهما لزفر رحمه الله ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع
حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه
وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رحمه الله في جانب
المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه
وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف
ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم واضيف الى
المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول
على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصلح آلة للمكره فيما يصلح آلة له
وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه
فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق
وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير حيث ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف
دون الذكاة حتى يحرم كذا هنا قال وان اكرهه على طلاق امرأته او عتق
عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وقد مر
في الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه

فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا
ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق
الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه
مؤاخذ باتلافه قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول
وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه
كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق
فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف
بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على
التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه
يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على
المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر
لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه
لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار
لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء
والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق
او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان مكرها على الخلع دونها لزمها المال
لرضاها بالالتزام قال وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند ابي
حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يكرهه السلطان وهو قول زفر رحمه الله
وقالا لا يلزمه الحد قال وان اكره على الردة لم تبن منه امرأته لان
الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر
وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد
بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول
قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد

وصح الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام
حيث يصير به مسلماً لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين
لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى
اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم
رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على
اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت امرأته حكماً
لا ديانة لانه اقر انه طايع في اتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطايع
ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى
بانت منه ديانة وقضاء لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه
مخلصاً غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد عم
ففعل وقال نويت بها الصلوة لله ومحمداً آخر غير النبي بانت منه
قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمداً النبي عليه الصلوة والسلام
وقد خطر بباله الصلوة لله وسب غير النبي بانت ديانة وقضاء لما مر
وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهي **كتاب الحجر** الاسباب
الموجبة للحجر الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن
وليه ولا تصرف العبد الا باذن مولاه ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب
بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية
حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين بها
غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا يجامعه الاهلية
فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاهل في نفسه والصبي يترقب
اهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئاً او اشتراه
وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان
اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد

لحق

لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظراً لهما فيتحرى مصلحتهما
فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفاً على
الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة
على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلاً عن غيره كما بينا
في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل
فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذاً عليه كما في شراء
الفضولي وههنا لم يجد نفاذاً لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه
قال وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه
لا مرد لها لوجودها حساً ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها
موجودة بالشرع والقصد من شرطها الا اذا كان فعلاً يتعلق به حكم
يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك
شبهة في حق الصبي والمجنون قال والصبي والمجنون لا تصح عقودهما
ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عليه السلام
كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة
فلا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف
للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان
على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف ساير العقود قال وان اتلفا
شيئاً لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف
موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط
المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على ما بيناه قال واما العبد فاقراره
نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه
لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف
ماله قال فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال

المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه في
الحال لانه مبقي على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه
بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب
شيئا الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه
ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ **باب الحجر للفساد** قال
ابو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في
ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا
مصلحة وقالا وهو قول الشافعي رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع من
التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل
فيحجر نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال
التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا يمنع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر
لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولنا انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا
بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم
اي ابطال
وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في
الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري
المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس
على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر
لنفسه وهذا قادر عليه نظر اليه الشارع مرة فاعطاه آلة القدرة والـ
جري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات
والصدقات وذلك يقف على اليد قال واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض
آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا
ترى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء
مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر

٣٧٨

الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض نفذ ابطاله لاتصال
الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رحمه الله اذا بلغ الغلام
غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل
ذلك نفذ تصرفه واذا بلغ خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يؤنس
منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس رشده فلا يجوز تصرفه
ولان منع مال لعلة السفه زايد
فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ولابي حنيفة رحمه الله
اي عدم الرشد — لان الحكم يدور معها زايد
ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتأدب بعد هذا فلزم الدفع ولان
المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى
المنع ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة
للمنع ولهذا قال ابو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه لانه
ليس باثر الصبي ثم لا يتأتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى
الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه
وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف
للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي
يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رحمه الله
لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر
لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا
عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ
رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند
الشافعي رحمه الله تعالى لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه
الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث
ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة
العقل لا لنقصان في عقله فكذا السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل

فيصح منه وقالا صل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق
حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق
لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى
في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه يتعذر فيجب
رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد رحمه الله انه لا يجب السعاية
لانها لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع
الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر
بحقيقته الا انه لا يجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه
واذا مات ولم يونس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته
وهو مدبر فصار كما لو اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد
فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه
يحتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها
ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد حتى لا يقدر على بيعها
وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة
الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد له ونظيره المريض اذا ادعى
ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال وان تزوج امرأة جاز نكاحها
لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز
منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه
لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة
وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف
في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع
نسوة او كل واحدة لما بينا قال وتخرج الزكوة من مال السفيه لانه
واجب عليه وينفق على زوجته واولاده ومن تجب نفقته عليه من

ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على
ذي الرحم واجب عليه حقا لقريبه والسفه لا يبطل حقوق الناس
الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد
من نية لكونها عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفها في غير وجهها
وفي النفقة يدفعها الى امينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى
النية وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال
بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب
يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال
فان اراد حجة الاسلام لا يمنع منها لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى
من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من
الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير وجهها ولو اراد
عمرة واحدة لا يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها
بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من
افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق
بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند ابن عمر رضي الله عنهما لا يجزيه
غيرها وهي جزور او بقرة قال وان مرض واوصى بوصايا في القرب
وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه من امواله
والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا
في كفاية المنتهي قال ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا
والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه زجرا له
وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده
ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا • الاية وقد اونس نوع رشد
فيتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه

فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما أيضا
وهو قول الشافعي بسبب الغفلة أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها
لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

فصل في حد البلوغ

قال بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطئ فإن لم يوجد
ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند أبي حنيفة رحمه الله وبلوغ الجارية
بالحيض والاحتلام والحبل فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة
سنة وهذا عند أبي حنيفة وقالا إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة
سنة فقد بلغا وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو قول الشافعي
وعنه في الغلام تسع عشرة وقيل المراد أن يطعن في التاسعة عشر
ويتم له ثماني عشرة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف لأنه ذكر في بعض
النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما العلامة فلأن البلوغ بالإنزال
حقيقة والإحبال والحبل لا يكون إلا مع الإنزال وكذا الحيض في
أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك في حق
الغلام اثنتا عشرة سنة وفي الجارية تسع سنين وأما السن فلهم العادة
الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ
أشده وأشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه
وتابعه القتبي وهذا أقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير
أن الإناث نشوءهن وإدراكهن أسرع فنقصنا سنة في حقهن لاشتمالها
على الفصول الأربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال
وإذا راهق الغلام والجارية الحلم وأشكل أمرهما في البلوغ فقال
قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين لأنه معنى لا يعرف إلا من
جهتهما ظاهرا فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل
قول المرأة في الحيض والله تعالى أعلم

باب الحجر بسبب الدين

قال أبو حنيفة

رحمه الله

رحمه الله لا أحجر في الدين إذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه
والحجر عليه لم أحجر عليه لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر
خاص فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر ولأنه تجارة لا عن
تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه في دينه إيفاء
لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه
حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر
بالغرماء لأن الحجر على السفيه إنما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر
نظرا للغرماء لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما
ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بثمن المثل لا يبطل
حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال وباع ماله إن امتنع المفلس
من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لأن البيع مستحق عليه
لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله فإذا امتنع ناب القاضي منابه
كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين
والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء
الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس إضرارا بهما
بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال وإن كان
دينه دراهم وله دراهم قضاها القاضي بغير أمره وهذا بالإجماع لأن
للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه وإن كان دينه
دراهم وله دنانير أو على عكس ذلك باعها القاضي في دينه وهذا
عند أبي حنيفة رحمه الله استحسانا والقياس أن لا يبيعه كما في
العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا وجه الاستحسان
أنهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر إلى
الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر إلى الاختلاف يسلب

عن الديون ولا يأخذ عملاً بالشبهين بخلاف العروض لأن الغرض يتعلق
بصورها وأعيانها أما النقود وسائل فافترقا ويباع في الدين النقود
ثم العروض ثم العقار يبدأ بالأيسر فالأيسر لما فيه من المسارعة إلى قضاء
مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي
لأن به كفاية وقيل دستان لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال
فإن أقر في حالة الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لأنه تعلق بهذا
المال حق الأولين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم بخلاف
الاستهلاك لأنه مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالاً آخر بعد الحجر نفذ
إقراره فيه لأن حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال وينفق على
المفلس من ماله وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوي أرحامه لأن حاجته
الأصلية تقدم على حق الغرماء قال فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه
حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة
وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا
نعيدها إلا أن قال فكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله
لوجوب النظرة إلى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم
بمعالجته وإن لم يكن أخرجه تحرزاً عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال
بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء الدين بخلاف ما إذا كان له جارية
وفيه موضع يمكنه وطؤها لا يمنع منه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر
بالأخرى قال ولا يحول بينه وبين غرمائه إذا أخرج من الحبس بل يلازمونه
ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان
أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه
يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا إذا فلسه
الحاكم حال بينه وبين غرمائه إلا أن يقيموا البينة أن له مالاً لأن

لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة إلى
الميسرة وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يتحقق القضاء بالإفلاس لأن
مال الله غاد ورائح ولأن وقوف الشهود على المال لا يتحقق إلا ظاهراً
فيصلح للدفع لا لإبطال الحق في الملازمة وقوله إلا أن يقيموا البينة
إشارة إلى أن بينة اليسار تترجح على بينة الإعسار لأنها أكثر إثباتاً
إذ الأصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر
دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لأنه حبس ولو
دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب الدار إلى أن يخرج لأن
الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب
الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره
الأضيق عليه إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين
بأن لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعاً للضرر عنه ولو كان
الدين للرجل على المرأة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالأجنبية ولكن
يبعث امرأة أمينة تلازمها قال ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه
منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رحمه الله
يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشتري
عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا
لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة فصار كالسلم قلنا إن
الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت
حق الفسخ باعتباره وإنما المستحق وصف في الذمة أعني الدين وبقبض
العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها إلا في
موضع التعذر كالسلم لأن الاستبدال ممتنع فأعطي العين حكم الدين

كتاب المأذون الإذن الإعلام لغة وفي الشرع فك الحجر وإسقاط

الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي
اهلاً للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز والحجر عن التصرف لحق
المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك
مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه فلهذا لا يرجع بما
لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت حتى لو اذن لعبده
يوما او شهرا كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا
تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى
عبده يبيع ويشتري فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر
والشافعي رحمهما الله ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي
باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من راه يظنه
ماذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن
المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى لعبده
في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة
ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم
عام فيتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان
لانه اصل التجارة ولو باع واشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر
الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما
هما يقولان ان البيع بالغبن الفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض
من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد يتصرف باهلية نفسه
فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون له ولو حابى في مرض موته
يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار
في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا
بما في يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد المبيع كما في الحر وله

ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشري لانه قد لا
يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء
واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك
من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري
طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال النبي عليه السلام
الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة
ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي
هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة
لها قلنا ان نفسه راس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال
الاذن كالبيع لانه يحجر به فلا يحصل المقصود للمولى اما الاجارة لا يحجر
بها ويحصل بها المقصود وهو الربح فيملكها قال فان اذن له في نوع منها
دون نوع فهو ماذون له في جميعها وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا
يكون ماذونا له الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف
في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية
من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص
بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند
ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل
لانه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك
واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه في قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه
يخلفه المالك فيه قال واذا اذن في شيء بعينه فليس بماذون له لانه
استخدام ومعناه ان يأمره بشري ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله
وهذا لانه لو صار ماذونا له ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما
اذا قال اد الي الغلة كل شهر كذا او قال اد الي الفا وانت حر لانه طلب

المال ولا يحصل الا بالتكسب وقال اقعد صباغا او قصارا لان الاذن بشيء
ما لا بد له منه وهو نوع فيصير ماذونا له في الانواع قال واقرار الماذون
له بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة
اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه
دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة
كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه
قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف
يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن
يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا
الخلاف الصبي الماذون له والمضارب والشريك شركة عنان والاب
والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل
فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى
قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في
الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض
لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لان كل يتبرع
بصريحه ابتداء وانتهاء ولا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يهدي
اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا للقلوب
المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته
وعن ابي يوسف رحمه الله ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا
بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا باس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم
لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا باس للمراة ان تتصدق من منزل
زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة
قال وله ان يحط من الثمن بالعيب كما يحطه التجار لانه من صنيعهم وربما يكون

يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب
لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة
في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله ان يؤجل في دين وجب
له لانه من عادات التجار قال وديونه متعلقة برقبته يباع فيها للغرماء
الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع ويباع كسبه
في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت
مال قد كان له وذلك في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين
يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك
الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه
في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع بينهما
دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن
وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه
صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه
بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء
ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى
من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما
هو في معناها كالبيع والاجارة والشراء والاستئجار وضمان المغصوب
والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة
بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به قال ويقسم ثمنه بينهم
بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من
ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة
به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق
دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما

يقبل من الهدايا لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد
ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له
قلنا ان يأخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل
الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها
وتقدم حقهم قال وان حجر عليه لم يصر محجورا حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه
لو انحجر عليه لتضرر الناس لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته
وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر
عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر وان بايعوه جاز وان
بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر
والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل
كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد مأذونا الى ان يعلم
بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل فهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه
قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع
في الحجر اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه
بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر فيه قال ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب
مرتدا صار المأذون له محجورا عليه لان الاذن غير لازم وما لا يكون
لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هو الاصل فلا بد من قيام
اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق
لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال وان ابق العبد المأذون صار
محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافي
البقاء وصار كالغصب قلنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه
مأذونا له على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن
لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان

الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال واذا ولدت المأذونة من مولاها
فذلك حجر عليها خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبر البقاء بالابتداء
ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة
بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها
ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه
يقضى حقهم قال واذا استدانت الامة المأذونة اكثر من قيمتها فدبرها
المولى فهي مأذونة على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت
بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميها ايضا والمولى ضامن لقيمتها
لما قررناه في ام الولد قال واذا حجر على المأذون له فاقراره جائز فيما في
يده من المولى عند ابي حنيفة رحمه الله معناه ان يقر بما في يده انه امانة
لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضى مما في يده وقالا لا يجوز
اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان
اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة فصار كما اذا اخذ المولى
كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره
في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون
فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما
فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى
من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل
باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا
بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا
يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع قال واذا
لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده وان اعتق
من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه ويعتق

وعليه قيمته لانه وجد بسبب الملك في كسبه وهو ملكه رقبته وهذا
ملك اعتاقه ووطء الجارية المأذونة وهذا آية كمال بخلاف الوارث
لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته
اما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد ولان ملك المولى ما ثبت خلافة عن
العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين
مشغول بها فلا يخلفه فيه فاذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق
فريعته واذا نفذ عندهما ضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال
فان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر
وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع
بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث
والمستغرق يمنعه قال وان باع شيئا من المولى بمثل قيمته جاز لانه
كالاجنبي في كسبه اذا كان عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز
لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة رح
لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته
حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم
الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء فقد تعلق بالمالية لا غير
فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد رح ان باعه بنقصان جاز البيع ويخير
المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض وعلى المذهبين اليسير
من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر
عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي
بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة وفي المولى يؤمر
به لان البيع باليسير منها متردد بين البيع والتبرع لدخوله تحت تقويم
المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير متبرع

في

في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من
المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة
المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على اصلهما الا باذن
المولى ولا اذن بالمحاباة في البيع من الاجنبي وهو آذن بمباشرته بنفسه
غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذا ان الفرقان على اصلهما قال
فان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي
عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع ولانه
مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ
الثمن بعدما لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم
المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث
الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجبه المولى
على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى
حقه متعلقا بالعين قال وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز
لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من الغرماء وجاز ان
يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته
يؤمر بازالة المحاباة او ينقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة
تعلق بها حق الغرماء قال واذا اعتق المولى المأذون وعليه دين فعتقه
جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن بقيمته للغرماء لانه اتلف
ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به
بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا
فبقي الباقي عليه كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم
بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر المأذون وام الولد المأذونة وقد
ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن

المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا قال وإن باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وإن شاؤوا ضمنوا المشتري لأن العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضي المولى دينهم فالبائع متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيتخيرون في التضمين وإن شاؤوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما في المرهون فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرده على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالأول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قالوا تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم قال فإن كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه إذا أنكر الدين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف إذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنه مثل قولهما في مسألة الشفعة ولأنه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما أن الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لأنه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه

عليه وإن لم يخبر فتصرفه جائز إذ الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات كيلا يضيق الأمر على الناس إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأنها خالص حق المولى بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بيناه فإن حضر فقال هو مأذون بيع في الدين لأنه ظهر الدين في حق المولى وإن قال هو محجور فالقول قوله لأنه متمسك بالأصل

فصل

وإذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون له إذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رح لا ينفذ لأن حجره لصباه فيبقى ببقائه ولأنه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلاة لأنه لا يقام بالولي وكذا الوصية على أصله فتحققت الضرورة إلى تنفيذه منه أما البيع والشراء يتولاه الولي فلا ضرورة ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقديره في الخلافيات والصبي سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبت نظرا إلى إذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لأنه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل أهلا له بعد الإذن لا قبله لكن قبل الإذن يكون موقوفا منه على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا للصبي وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي ينتظم الأب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف [صاحب] الشرط لأنه ليس إليه تقليد القضاء والشرط أن يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيدان

ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون
يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع
دون نوع ويصير مأذونا له بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في
يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد
ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي
يعقل البيع والشرى بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والوصي
والجد دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله تعالى اعلم

كتاب الغصب الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب
للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم
بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد والحمل على
الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم
والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على
قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال ومن غصب شيئا له مثل
كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه
ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى
فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل
لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر
على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع
لابي يوسف رحمه الله انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته
يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رحمه الله ان الواجب هو المثل
في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع
ولابي حنيفة رحمه الله ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو

صبر الى ان يوجد جنسه كان له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر
قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل
السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته
يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس
فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب
فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة
لانه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دامت قائمة
لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترده وقال عليه السلام لا يحل
لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه
ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو
الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال
في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي هو القيمة ورد العين
مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في مكان الغصب
لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم
حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب
رد العين والهلاك بعارض وهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل
قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه
فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال
والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته متصور فيه دون غيره
لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول ابي
يوسف رحمه الله الاول وبه قال الشافعي رحمه الله لتحقق اثبات اليد
ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد

في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول
وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين
وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه
لا في العقار فصار كما اذا ابعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل
فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ
الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه
في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين
فيدخل فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله ولو غصب دارا وباعها وسلمها
واقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال
وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض ويأخذ رأس ماله ويتصدق
بالفضل قال وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله عليهما وقال ابو يوسف رحمه الله
لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين ان شاء الله تعالى قال واذا هلك النقلي
في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب
والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه
بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة او يتقرر بذلك السبب
ولهذا يعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده فعليه النقصان لانه دخل جميع اجزائه
في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في
مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوات الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان
عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف
قال ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل
لانه يؤدي الى الربوا قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان
لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا عندهما ايضا وعنده
لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار ولابي يوسف رحمه الله

رحمه الله انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات
تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف
في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف
الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب
حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا
لو ادى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه
فهلك في يد المشتري ثم استحق فغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن
اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه يحتاج اليه
فله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا
وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب الفا
فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلثة
الاف فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله ان الغاصب والمودع
اذا تصرف في المغصوب والوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا
لابي يوسف رحمه الله وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه
لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف
في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين
فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى
بها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار
الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي لان الاشارة
اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال
مشائخنا لا يطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار
لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال وان اشترى بالالف جارية
تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهو قولهم جميعا

لان الربوا انما يتحقق عند اتحاد الجنس **فصل فيما يتغير بعمل الغاصب** واذا
تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك
المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى
يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا
فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى
لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله غير انه اذا اختار
اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي رح
يضمنه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزول ملكه عنه لكن يباع في دينه وهو احق
به من الغرماء بعد موته للشافعي رحمه الله ان العين باقية فيبقى على ملكه وتتبعها
الصنعة كما اذا هبت الريح على الحنطة فالقتها في طاحونة فطحنت بغير فعل
لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل
اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها ولنا انه احدث
صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه الا يرى انه تبدل الاسم
وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على
الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه احداث
الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه
يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله لا يحل
له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك
وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله وكذا عن ابي حنيفة رحمه الله رواه
الفقيه ابو الليث رحمه الله ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف الا يرى
انه لو وهبه او باعه جاز ووجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة
المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر
بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء

الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما
لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد
واذا ادى البدل يباح له لان حق المالك صار موفيا بالبدل فحصلت مبادلة
بالتراضي وكذا اذا ابراه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء او
ضمنه الحاكم او المالك لوجود الرضاء منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى
هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابي
يوسف رحمه الله تعالى يباح الانتفاع فيها قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك
من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها
لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم قال وان غصب ذهبا
او فضة فضربها دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة
فيأخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث
صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات
بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب
يصلح لذلك وله ان العين باقية من كل وجه الا ترى ان الاسم باق ومعناه
الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره
وصلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها
غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال ومن غصب
ساجة فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي رح
للمالك اخذها والوجه من الجانبين قد بيناه ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب
اليه اضرارا للغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما
ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته
او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي رحمه الله والفقيه
ابو جعفر رحمه الله انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساحة لانه غير متعد

في البناء اما اذا بني على نقض الساجة ينقض لانه متعدٍ فيه وجواب الكتاب
يرد ذلك وهو الاصح قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه
قيمتها وسلمها اليه وان شاء امسكها وضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا
قطع يدهما هذا ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت
بعض الاغراض من الدر والحمل والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار
كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب
طرفها كان للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف
قطع طرف المملوك حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان الادمي يبقى منتفعا
به بعد قطع الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن النقصان والثوب
لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا
كبيرا يبطل عامة منفعته فللمالك ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من
هذا الوجه فكانه احرقه قال رضي الله عنه ومعناه يترك الثوب عليه وان شاء
اخذه وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض
المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح
ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين
وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان
لان محمدا جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض
المنافع قال ومن غصب ارضا فبنى فيها او غرس قيل له اقلع البناء والغرس وردها
لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان
الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل
بتفريغها كما اذا اشغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك
فللمالك ان يضمن له قيمة الغرس والبناء مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لهما
ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه

بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فيقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم
وبها بناء وشجر لصاحب الارض ان يامره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما
قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار
ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء
اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي في الثوب لصاحبه
ان يمسكه ويامر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة
لان التمييز ممكن بخلاف السمن والسويق لان التمييز متعذر ولنا ان ما
بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل
بخلاف الساحة تبني فيها لان النقض له بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى
وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن
الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة في اصل المسئلة
وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ
فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند الامتناع يتعين رعاية
الجانبين في البيع ويثبت في هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما
ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب
من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق
يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه
مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة رح
وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا
ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته
ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رحمه الله انه ينظر الى ثوب
تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى
الخمسين جبرت بالصبغ **فصل** ومن غصب عينا فغيبها فضمنه

المالك قيمتها ملكها عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يملكها لان الغصب عدوان
محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل
قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه
غير قابل للنقل لحق المدبر قيل ان المدبر قابل للنقل قلنا نعم قد ينفسخ
التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن قال والقول في القيمة
قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول
المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة
الملزمة قال فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمنه وقد ضمنها بقول
المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك
وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى هذا
المقدار قال فان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء
امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا
المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين
وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في
ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما ذكره الكرخي رحمه الله انه لا خيار له
لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لفوات الرضا قال ومن غصب
عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة
لم يجز عتقه لان ملك الغاصب فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة وهذا
يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق
كملك المكاتب قال وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوبة امانة
في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها
فيمنعها اياه وقال الشافعي رحمه الله زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت
او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في

الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب
اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت
ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا
يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا
تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه او اكله او باعه
وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال
لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق
وهو الشرع وعلى هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية
ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها
وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى قال وما نقصت الجارية
بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان
بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رح لا ينجبر النقصان
بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا
هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وفي الولد وفاء وصار كما اذا جز
صوف شاة او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه فاضناه
التعليم ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق
على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا
غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت وسقطت ثنيتها ثم نبتت او قطعت
يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع
وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة
ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات
الولد قبل الرد لانه لا بد من رده اصلا للبراءة وكذا لا بد من رد خلفه
والخصي لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما

ووراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو
وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية
فزنى بها فحبلت ثم ردها فولدت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم
علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا
يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في
يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها
فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية
قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري فماتت في نفاسها لا يرجع بالثمن
على البائع وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها
ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا
جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت
الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها
لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء
الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم
لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب
منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رح
يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها
وقال مالك ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا يجب عليه شيء له ان المنافع
اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت
على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها
اعراض لا تبقى فيملكها دفعا للحاجة والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه
لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة
فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها

متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد فلم يوجد العقد
الا ان ما انتقص باستعماله فهو مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء
العين فصل في غصب ما لا يتقوم واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره
ضمن فان اتلفهما المسلم لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنها للذمي ايضا
وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط
تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب
باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم
كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف
موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك
متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين
تمولهما الا انه تجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع
عن تمليك الخمر وتملكها لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين
لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتمليكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى
عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض
له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان
لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال ولو غصب من مسلم خمرا فخللها
او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير عوض ويأخذ
الجلد ويرد ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل
من الظل الى الشمس ومنها الى الظل وفي الفصل الثاني اذا دبغه بما له
قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له
بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا
الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته
فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه

وقيل أن ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل
ما بينهما وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال
وإن استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا
يضمن قيمة الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا
يضمنه بالإجماع أما الخل فلأنه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم
ضمنه بالإتلاف ويجب مثله لأن الخل من ذوات الأمثال وأما الجلد
فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه
بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه
ثم استهلكه يضمن قيمته ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولأنه واجب الرد فإذا
فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما
يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس وأما عند اتحاده يطرح
عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم في
الرد عليه وله أن التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله
مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه
فكان حقا له والجلد تبع لها في حق التقوم ثم الأصل وهو الصنعة غير
مضمون عليه فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد
حال قيامه لأنه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته
قبلها وإن لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لأن التقوم فيهما كان ثابتا
قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة فلو كان قائما فأراد المالك
أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك
لأن الجلد لا قيمة له بخلاف الصبغ فإن له قيمة وقيل ليس له ذلك عند
أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز
الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على الخلاف على ما بيناه قيل

قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك
وقيل جلد ذكي غير مدبوغ فلو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو
لمالكه بغير شيء لأنه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته
مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لأن وصف الدباغة هو الذي حصله
فلا يضمنه وجه الأول وعليه الأكثر أن وصف الدباغة تابع للجلد
فلا يفرد عنه وإذا صار الأصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر
بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة رحمه الله صار ملكا للغاصب ولا
شيء عليه وقالا يأخذه المالك ويعطيه ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد
ومعناه هنا أن يعطي مثل وزن الملح من الخل وإن أراد المالك تركه عليه
وتضمينه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنها
عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها بإلقاء
الخل فيها فعن محمد رحمه الله أنه إن صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب
ولا شيء لأنه استهلاك له وهو غير متقوم وإن لم يصر خلا إلا بعد زمان
بأن كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لأنه خلط الخل
بالخل في التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك وعنده هو للغاصب في الوجهين
ولا شيء عليه لأن نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لأنه
أتلف ملك نفسه وعند محمد رحمه الله لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الأول
لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لأنه أتلف ملك غيره وبعض المشايخ أجروا
جواب الكتاب على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء
لأن الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه أقوال
العلماء وقد أثبتناها في كفاية المنتهى قال وإن كسر لمسلم بربطا أو طبلا
أو مزمارا أو دفا أو أراق له سكرا أو منصفا فهو ضامن وبيع هذه
الأشياء جائز وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن ولا يجوز

بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة
والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل
الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للني من ماء الرطب اذا اشتد
والمنصف ما ذهب نصفه بالغلي وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق
عن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء
اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل امرا بالمعروف وهو
باذن الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام وله انها اموال لصلاحيتها
لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية
وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز
البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء
لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية
المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد
الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي السكر والمنصف
تجب قيمتها ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل
جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا
لانه يقر على ذلك قال ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة
المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن قيمتهما
لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده
وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في العتاق من هذا الكتاب **كتاب**
الشفعة الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم
المشتراة الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط
في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة
لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة

لشريك

لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان
كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا وقال عليه السلام الجار احق بسقبه
قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق
بشفعته وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة
فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة
معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع
به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع
ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت
له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع
وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر
الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل
اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع
فلا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك
احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط
في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اولانه كل
جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق
بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك
في الشرب والطريق والجار حق مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال
فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب
والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في
سكة اخرى وعن ابي يوسف رحمه الله ان مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة
لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب قد تقرر في
حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فان سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة

مع دين الموضع والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكر في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغير يؤخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملاصق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي رحمه الله هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا ترى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص

الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهم تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لانه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانها حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك الرغبة فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبها عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او بقضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لا يورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انها لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما بيناه

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت

شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه ان له
مجلس العلم والروايتان في الهداية وبالثانية اخذ الكرخي رحمه الله لانه لما ثبت
له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله
او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول
حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح
كلامه ولا يدل شيء منه على الاعراض وكذا لو قال من ابتاعها وبكم بيعت
لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله
في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم
انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي رحمه الله ويصح
الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها
او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع البيع فلم يجب عليه
الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة
وقالا يجب عليه الاشهاد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا كان او امرأة
اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته
فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم
وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم
والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على
ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد على طلب المواثبة ظاهرا لانه على فور العلم
بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في
الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في
يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك
استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد
وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع

البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا ملك له
ولا يد فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى
هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا
على ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان
المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتمليك وسنذكر
كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا
الطلب عند ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وقال
محمد رحمه الله ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت الشفعة وهو قول
زفر رحمه الله معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف رحمه الله
انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه
اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه
وتسليمه وجه قول محمد رحمه الله انه لو لم تسقط بتأخير الخصومة
ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة
الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى
ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو بالتصريح
باللسان كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا
ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة
قاض لم تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة
الا عند القاضي فكان عذرا قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى
الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي
يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي
لاثبات الاستحقاق قال رضي الله عنه يسأل القاضي المدعي

قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لأنه ادعى
حقا فيها فصار كما إذا ادعى رقبتها وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته
لاختلاف أسبابها فإن قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن
تمت دعواه على ما ذكره الخصاف رحمه الله وذكر في الفتاوى تحديد
هذه الدار التي يشفع بها أيضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس
والمزيد قال فإن عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذي
ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه
ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فإن نكل أو قامت للشفيع
بينة ثبت ملكه الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك يسأله
القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع أم لا فإن أنكر الابتياع قيل
للشفيع أقم البينة لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته
بالحجة قال فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما
استحق في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل
والأول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا
الاختلاف بتوفيق الله وإنما يحلفه على البتات لأنه استحلاف على فعل
نفسه وعلى ما في يده أصالة وفي مثله يحلف على البتات قال ويجوز المنازعة
في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي فإذا قضى القاضي
بالشفعة لزمه إحضار الثمن وهذا ظاهر رواية الأصل وعن محمد رحمه الله
أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله
لأن الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف على إحضاره كيلا يتوى مال
المشتري وجه الظاهر أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه
فكذا لا يشترط إحضاره وإذا قضى له بالدار فللمشتري أن يحبسها حتى يستوفي
الثمن وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله أيضا لأنه فصل مجتهد فيه

فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو أخر أداء الثمن بعد ما قيل له ادفع
الثمن لا تبطل شفعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال وإن أحضر
الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لأن اليد له
وهي مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع
بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لأن الملك
للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما
بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لأنه صار
أجنبيا إذ لم يبق له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه إشارة
إلى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري إذا كان يفسخ لا بد من حضوره
ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الإضافة
لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ إلا أنه
يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه لأن الشفعة بناء عليه ولكنه يتحول
الصفقة إليه ويصير كأنه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على
البائع بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث يكون العهدة
عليه لأنه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري وأنه
يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي قال ومن اشترى
دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لأنه هو العاقد والأخذ بالشفعة من حقوق
العقد فيتوجه عليه قال إلا أن يسلمها إلى الموكل لأنه لم يبق له يد ولا
ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل على
ما عرف فتسليمه إليه كتسليم البائع إلى المشتري فتصير الخصومة
إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل
التسليم وكذا إذا كان البائع وكيلا لغائب فللشفيع أن يأخذها
منه إذا كانت في يده لأنه عاقد وكذا إذا كان البائع وصيا لميت

فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها
فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري
شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا يرى انه
مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط
البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه
فصل قال وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول
المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو
ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع وان كان
يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره
بين الترك والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان ولو اقاما البينة
فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح
البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل
والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان
وللشفيع ان يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه
لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر
في حق الشفيع وهو تخرج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري
منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد رحمه الله واما المشتري من العدو
فقلنا ذكر في سير الكبير رح ان البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع
وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما ههنا
بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات
للالزام قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض
الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا
لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة وان كان على ما

ما قال البائع فقد وجبت الشفعة وان كان على ما قال المشتري فقد
حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين
ان شاء الله ولان التمليك على البائع ايجابه فكان القول قوله في مقدار
الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله ولو ادعى البائع
الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها
الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع
بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال وان كان
قبض الثمن اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع
لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي
وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير
ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بالف
لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت
الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف
لم يلتفت الى قوله لان الاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط
اعتبار قوله في مقدار الثمن **فصل فيما يؤخذ به المشفوع** قال
واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع
الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق
الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط
عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل
العقد بحال وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى وان زاد المشتري للبائع
الثمن لم يلزم الزيادة الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه
الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد
العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان يأخذها بالثمن الاول

لما بينا كذا هنا قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه
من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات
الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما
تملكه فيراعي القدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات
الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر
لانه بدله وهو من ذوات القيم فاخذه بقيمته قال واذا باع بثمن مؤجل
فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي
الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل وقال
زفر رحمه الله له ذلك وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم لان كونه
مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فياخذه
باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط
فيما بين الشفيع والبائع او المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به
في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه
حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار
كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه الى غيره لا يثبت الاجل الا
بالذكر كذا هنا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري
لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل
كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه
فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار
له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في
الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب
عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد رح
خلافا لقول ابي يوسف رحمه الله الآخر لان حق الشفعة انما ثبت بالبيع

بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي
الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال واذا اشترى ذمي بخمر
او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع
مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم
كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ الاول بالمثل والثاني بالقيمة وان كان
شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا
الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان
شفيعها مسلما او ذميا اخذها المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والخنزير
نصفها بمثل نصف الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها
بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتاكد حقه لا ان يبطل
فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه اخذها
بقيمة الرطب كذا هنا **فصل** واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي
للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس
وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يكلف
القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه
قال الشافعي رحمه الله الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف
انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام
العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع
المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع
اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في
محل تعلق به حق متاكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن
اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه
ولهذا ينقض بيعه وهبته وغير ذلك من تصرفه فانه بخلاف الهبة وبخلاف

الشراء الفاسد عند ابي حنيفة رحمه الله لانه حصل بتسليط من جهة من له
الحق ولان حق الاسترداد فيها ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا
الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق ولو زرع يقلع قياسا
وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه
كثير ضرر فان اخذه بالقيمة بعد قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو
اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه
اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها
منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لانه
متملك عليه فنزل منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان
المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في
حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق
بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها
بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما
شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه
الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث ياخذ الباقي بحصته
لان الفائت بعض الاصل قال وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار
بماله قال وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة
بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء
من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان ياخذ
النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع ارضا فيها
نخل وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع
لانه لا يدخل من غير ذكر فهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا ياخذه
لانه ليس بتبع الا ترى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه متاع الدار

الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء
في الدار وما كان مركبا فيه فياخذه الشفيع قال وكذلك ان ابتاعها
وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني ياخذه الشفيع لانه مبيع
تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيع قال فان جذه المشتري
ثم جاء الشفيع لا ياخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار
وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا ياخذه قال في الكتاب فان جذه
المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل
الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما الفصل الثاني
فياخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا
يكون مبيعا الا تبعا **باب ما يجب فيه الشفعة وما
لا يجب** قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي
لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا
لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او
ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك
والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما
لا يقسم وهو الحمام والبئر والرحى والطريق قال ولا شفعة في العروض
والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على
مالك في ايجابها في السفن ولانها انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على
الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به
وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون
العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا
بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو
فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة

سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب وفي الحكمة فيستويان في
الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي
والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا قال واذا ملك العقار
بعوض هو مال وجبت فيه لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل
ما ملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال ولا شفعة في الدار يتزوج
الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح بها
عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة انما تجب عندنا في مبادلة المال
بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف
خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها الشفعة
لان هذه الاعواض عنده متقومة فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر
بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيه راسا وقوله يتأتى
فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه
ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري
فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم
مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها
بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا
بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال
ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في
حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظة النكاح ولا
يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة
شرعت في المبادلة المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق
رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال او يصالح عليها بانكا

بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت فيه الشفعة قال رضي الله عنه
هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله
عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه
وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه
وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها
باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة
مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في
جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسها فيعامل
بزعمه قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان يكون بعوض مشروط لانه
بيع انتهاء فلا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا
لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض
مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها
فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع
زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال
المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع
يصير سببا لزوال الملك عند ذلك ولو اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة
لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتني عليه على ما مر
وان اخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع
لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها
والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه
في التي يشفع بها وكذا ان كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع
فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها
ولم يرها حيث لا يبطل خيار الرؤية باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار

الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع
الدار الاولى له ان يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين
بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها
اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق
الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد
فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه
صار اخص به تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه قال فان سقط الفسخ
وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع
بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها
لان الملك له ثم ان سلمها البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما
اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها
بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان
استردها البائع من المشتري قبل الحكم له بالشفعة بطلت لانقطاع
ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم
بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة
لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر
والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال واذا اشترى دارا فسلم
الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء
قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة
في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب
بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما
على انفسهما وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد
البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب

بالعيب بعد القبض لانه قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف
وفي الجامع الصغير ولا شفعة في القسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء
ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بينا ولا تصح الرؤية بالفتح
عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في
القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضى فيما يتعلق
لزومه بالرضى وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما يبطل به حق الشفعة

قال وان ترك الشفيع الاشهاد حين علم وهو يقدر
على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما
يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم
يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت
شفعته وقد اوضحناه فيما تقدم قال ولو صالح من شفعته على
عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر
في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه
بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا
لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف
الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في محل ونظيره اذا قال للمخيرة
اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت
سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة
في رواية وفي رواية اخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل
هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه
قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي رحمه الله تورث
عنه قال رضي الله عنه اذا مات بعد البيع قبل الحكم بالشفعة اما اذا مات
بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا

نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولان بالموت يزول ملكه عن
داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع
الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشتري
لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري
ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع
ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حيوته
قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته
لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول
به وان لم يعلم بشرى المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو
لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع
الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة
له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له
لا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول بأخذه
المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض
شراءه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع
وهو الشفيع فلا شفعة له وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى
المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم
بامضائه بخلاف المشروط له الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ
الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة
او شعير قيمتها الف درهم او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما
سلم لاستكثار الثمن في الاول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع
به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب
بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة

القيمة وهي دراهم او دنانير قال وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف
فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر رحمه الله له الشفعة لاختلاف
الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا قيل ان المشتري
فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم
ان المشتري هو مع غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد
في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة
لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر
الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه فصل واذا باع دارا
الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع
الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه
لما بينا قال وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار
في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري
في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا
درهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عنه
فالشفعة في الثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار
قال رضي الله عنه وهذه اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف
قيمتها ويعطي بها ثوبا بقدر قيمتها ويعطي بها ثوبا بقدر قيمتها الا انها
اذا استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع
الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا
استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا تكره
الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد
رحمه الله لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما
دفعناه ولابي يوسف رحمه الله انه منع عن اثبات الحق فلا يعد

ضررًا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة والله اعلم **مسائل متفرقة**
واذا اشترى خمسة نفر دارًا من رجل فللشفيع ان يأخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل
من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض تتفرق
الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم
الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما قبل
القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم
اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد
على البايع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد
البايع وسواء سمى لكل بعض ثمنًا او كان الثمن جملة واحدة لان العبرة في
هذا لتفريق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية
المنتهي قال ومن اشترى نصف دار غير مقسومة فقاسمها البايع اخذ
الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة من تمام القبض لما فيه
من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض
القبض وان كان له نفع فيه لعود العهدة على البايع فكذا لا ينقض ما
هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم
المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي
قاسم فلم يكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك
فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل
على ان الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي
عن ابي يوسف رحمه الله لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي
حنيفة رحمه الله انه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها
لانه لا يبقى جارًا فيما يقع في الجانب الآخر قال ومن باع دارًا وله عبد
مأذون له عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البايع فلمولاه

فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشرى
وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه
يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة
على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر
رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما
شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب
الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر رحمهما الله
انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانها شرعت لدفع
الضرر فكان ابطاله اضرارًا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى
ان من اوجب بيعًا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين الضرر
والنفع وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه
وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها
فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع
لانه تمحض نظرًا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم
كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رحمه الله
انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رحمه الله **كتاب القسمة**
قال القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها
في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى
المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه
فهو يأخذه عوضًا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازًا
والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان
لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع
احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات

فالعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة صاحبه
ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا
انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء
لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما
في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه
بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي
اجابته وان كانت اجناسا مختلطة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر
المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان
الحق لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال
ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم
به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم
تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرماً بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما
يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر
اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق
بالناس وابعد عن التهمة وينبغي ان يكون عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة
لانها من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد
على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه
لا يجبرهم على ان يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم
بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم
صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه قال ولا يترك القسام
يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر
كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال واجرة القسمة على عدد
الرؤوس عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على قدر الانصباء لانها مؤنة

مؤنة الملك فتتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة
ونفقة المملوك المشترك ولان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت
وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر
اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل
بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل
هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن
وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب
دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر الشركاء عند القاضي
وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها
القاضي عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موته وعدد
ورثته وقالا يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها
بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه
في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما
ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه
بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر
ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها
باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة
مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه
فيها ويقضي ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت
فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة
ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر
بالدين فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في
القسمة نظراً للحاجة الى الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولانه

المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف
المشتري لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء
على الغير قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه
بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم
قال رضي الله عنه وهذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير
ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة
لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما ثم قيل
هو قول ابي حنيفة رحمه الله خاصة وقيل قول الكل وهو الاصح
لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر
الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال واذا حضر وارثان واقاما البينة
على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها
القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو
كان مكان الغائب صبيا يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه
نظرا للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده
ايضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة
احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه
بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب
احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة
قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا
لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح
الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم
وكذا اذا كان في يد مودعه او كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على
الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس

بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في
هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب
قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور
خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما
بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا
نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث
كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث
والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه
وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه
فصل فيما يقسم وما لا يقسم قال واذا كان كل واحد من الشركاء
ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها
عند طلب احدهم على ما بيناه من قبل وان كان ينتفع احدهم ويستضر
الآخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل
لم يقسم لان الاول ينتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم
يعتبر وذكر الخصاف على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار
بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب
القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في
الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما
لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما
لان الحق لهما وهما اعرف بشأنهما اما القاضي فهو يتبع الظاهر قال
ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد
المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم
الجنسين بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة

تمييزاً بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي فيقسم كل
مكيل وموزون كثيراً وقليلاً والمعدود المتقارب وتبر الذهب
والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم
ولا يقسم شاة وبعيراً وبرذوناً وحماراً ولا يقسم الاواني لانها
باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية
لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوباً واحداً لاشتمال القسمة على الضرر
اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف
ثلثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب
وثلثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال
ابو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم
الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت
في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف
بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى
ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوان جنس واحد بخلاف
المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها
وهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر فقد قيل
اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار
منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب
على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج
على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح القسمة ويصح ذلك على عبد
فاولى ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان
يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين
اذ لا يبقى كل نصيب منتفعاً به انتفاعاً مقصوداً فلا يقسم القاضي

القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة في مصر
واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا كان
الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة
المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسماً وصورة نظراً الى اصل السكنى
اجناس معنى نظراً الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح
الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف
البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافاً فاحشاً
فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو
تزوج على دار لا يصح التسمية كما هو الحكم فيها في الثوب بخلاف
الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة
ضرراً فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع
في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في
القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد رحمه الله انه يقسم
احديهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة لان التفاوت
فيما بينها يسير والمنازل المتلاصقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه
بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبهاً من كل واحد قال وان كانت
داراً وضيعة او داراً وحانوتاً قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف
الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر
الخصاف قال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت
لا يجوز وهذا يدل على انه جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان
او تبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة **فصل**
في كيفية القسمة قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه
حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه

بالقسمة عن غيره ويدعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته إليه في الأخرة
ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض
تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا
بالأول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه
فله السهم الثاني والأصل في ذلك أن ينظر إلى أقل الأنصباء حتى إذا كان الأقل
ثلثا جعلها أثلاثا وإن كان سدسا جعلها أسداسا ليمكن القسمة وقد
شرحناه مشبعا في كفاية المنتهي وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب
بطريقه وشربه بيان الأفضل فإن لم يفعل أو لم يكن جاز على ما نذكره
بتفصيله إن شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة
الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير إقراع جاز لأنه في معنى القضاء
فيملك الإلزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم إلا بتراضيهم لأنه لا شركة
في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولأنه يفوت به التعديل في
القسمة لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها
لا تسلم له وإذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقسم
كل ذلك على اعتبار القيمة لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم
وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقسم الأرض بالمساحة لأنه هو الأصل
في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود
دراهم على الآخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ
لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد
أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة وإذا بقي فضل
ولا يمكن تحقيق التسوية بأن لا تفي العرصة بقيمة البناء حينئذ
يرد الفضل دراهم لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل
إلا لها وهذا يوافق رواية الأصل قال فإن قسم بينهم ولأحدهم

ولأحدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق لم يشترط في القسمة فإن أمكن صرف
الطريق والمسيل عنه فليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لأنه
أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرورة وإن لم يمكن فسخ القسمة لأنها
مختلة لما فيها من الضرر وبقاء الاختلاط فيستأنف بخلاف البيع حيث
لا يفسد في هذه الصورة لأن المقصود منه تملك العين وأنه يجامع
تعذر الانتفاع في الحال أما القسمة فلتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا
بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول فكذلك الجواب لأن معنى
القسمة الإفراز والتمييز وتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد منهم تعلق بنصيب
الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر
فيصار إليه بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له
من الطريق والمسيل لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء
هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لأن القسمة لتكميل
المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها
معنى الإفراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير
تنصيص بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها وإن لم ينص لأن كل المقصود الانتفاع
وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر الانتفاع
ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة إن كان يستقيم لكل واحد طريق
يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم ليتحقق الإفراز بالكلية
دونه وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة
فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله
لأن الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لأن القسمة
فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا أن الطريق بينهم أثلاثا جاز وإن كان
أصل الدار نصفين لأن القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي قال

وان كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو قوّم كل واحد
على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه وهذا عند
محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع لمحمد
وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع لمحمد رحمه الله تع
ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء او سردابا او اصطبلا
او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع
هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمرعي
التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة
بالذرع قال ابو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال
ابو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل اجاب كل واحد منهم على عادة
اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل
السفل مرة والعلو اخرى وقيل اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة رح
ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد
فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل وكذا
السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه
البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع
من السفل ولابي يوسف رحمه الله ان المقصود اصل السكنى وهما
يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل
ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد رحمه الله ان المنفعة تختلف باختلاف
الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم
على قول محمد رحمه الله وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة
في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون
وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل وثلثة وثلثون

وثلثون وثلث ذراع من السفل ستة وستون وثلثان ومعه ثلثة
وثلثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع فيساوي من العلو المجرد
ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون
وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا
والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلته
مثله وتفسير قول ابي يوسف رحمه الله ان يجعل بازاء خمسين ذراعا
من البيت الكامل مائة ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل عنده
سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها
سفل وخمسون منها علو قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد
القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه والذي ذكره قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمة الله عليهما وقال محمد رحمه الله لا تقبل
وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى
وذكر الخصاف رح قول محمد رحمه الله مع قولهما وقاسم القاضي
وغيرهما سواء لمحمد رحمه الله انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل
كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا
على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما
التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير
لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة
عليه قال الطحاوي رح اذا اقتسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه
مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة
صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول انهما لا يجران بهذه الشهادة
الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو
التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم

واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكراً

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهما الغلط وزعم ان مما اصابه شيئاً في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق عليه الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلاً لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما داراً واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتاً في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا فان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي له بها وان لم تقم بينة لواحد منهما تحالفا

تحالفا كما في البيع

فصل

واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة رحمه الله ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رحمه الله تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في بعض شايع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شايع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه ولم يذكر قول محمد رحمه الله وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة رحمهم الله وهو الاصح لابي يوسف رحمه الله انه باستحقاق بعض شايع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شايع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شايع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شايعاً بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شايع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركاً بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشايع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه اما هنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعاً لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتباراً للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف

الباقي ويرجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا ويسقط حقه في ربع الباقي
وعند أبي يوسف رحمه الله ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة
نصف ما باع لصاحبه لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض
بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن
نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت
القسمة لأنه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا إذا كان غير محيط لتعلق
حق الغرماء بالتركة إلا إذا بقي من التركة ما بقي بالدين وراء ما قسم لأنه
لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة
أو أداه الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة لزوال
المانع ولو ادعى أحد المتقاسمين دينا في التركة صحت دعواه لأنه لا تناقض
إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا بأي
سبب كان لم تسمع للتناقض إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم
مشتركا **فصل في المهاياة** قال المهاياة جائزة استحسانا للحاجة
إليه إذ قد يتعذر الاجتماع فأشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي
كما يجري في القسمة إلا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لأنه جمع
المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد
الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لأنه أبلغ في التكميل ولو
وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة
لأنه أبلغ ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم
فلا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايآ في دار واحدة على أن يسكن
هذا طائفة وهذا طائفة وهذا علوها وهذا سفلها جاز لأن القسمة
على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع
الأنصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد أن يستغل

أن يستغل ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث
المنافع على ملكه ولو تهايآ في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما
وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لأن المهاياة قد تكون في
الزمان وقد تكون من حيث المكان والأول متعين هنا ولو اختلفا
في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بأن
يتفقا لأن التهايؤ في المكان أعدل وفي الزمان أكمل فلما اختلفت
الجهة لا بد من الاتفاق فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية
نفيا للتهمة ولو تهايآ في العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد
والآخر الآخر جاز عندهما لأن القسمة على هذا الوجه جائزة جبرا من
القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى
لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لأنه لا يجري الجبر فيه عنده والأصح
أنه يقسم القاضي عنده أيضا لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت
بخلاف أعيان الرقيق لأنه تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم
ولو تهايآ فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا
للمسامحة في إطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة فإنها لا يتسامح فيها
ولو تهايآ في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي
عليه أما عندهما فظاهر لأن الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل
لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعنه أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا
بالجبر لما قلنا وبالتراضي لأنه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما
لأنه بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز ووجه الظاهر أن التفاوت
يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازا
أما يكثر التفاوت في أعيانها فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز
المهاياة على الركوب عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز اعتبارا

بقسمة الاعيان ولان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم
بين حاذق واخرق والتهائي في الركوب على دابة واحدة على هذا
الخلاف لما قلنا بخلاف العبد فانه يخدم باختياره فلا يتحمل
زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهائي في الاستغلال
فيجوز بالدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة
الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء
والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان
لتوالي اسباب التغير عليه فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة
احدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل
بخلاف ما اذا كان التهائي على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة
لان التعديل فيما وقع عليه التهائي حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة
الاستغلال من بعده والتهائي على الاستغلال في الدارين جائز ايضاً
في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضلت غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف
الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح
لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول
فاعتبر قرضاً ويجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا
يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتباراً
بالتهائي في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق
اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهائي
في الخدمة انما جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها
عيناً ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال
فلا يتقاسمان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما والوجه ما بيناه
في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايئا على ان ياخذ

ان ياخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز
لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان
باقية ترد القسمة عليها عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر
ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضاً
لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة
المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع
وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عنده وقالا
جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر
او زرع ولانها عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتباراً بالمضاربة والجامع
دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال
فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود
القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هنالك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق
شركة وله ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه
استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم
ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح
وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر
مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب
الارض فان كان البذر من قبله فعليه مثل اجر الارض والخارج في الوجهين
لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى
على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة والقياس يترك بالتعامل
كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قولهما يعتبر شروطاً احدها
كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه والثاني
ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقداً ما

لا يصلح الا من اهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع
العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعاً للمنازعة
واعلاماً للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان
نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد ان يكون معلوماً
وما لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل
حتى لو عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج
بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً
للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوماً قال وهي عندهما على
اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت
المزارعة لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطاً ليخيط له بابرة
الخياط وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه
استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم
معلومة وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت لانه
استاجره للعمل بآلة المستاجر فصار كما اذا استاجر خياطاً ليخيط ثوبه
بابرته او طياناً ليطين بمره وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر
والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
انه يجوز ايضاً لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده
وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة
الارض لان الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام
بها العمل كل ذلك بخلق الله فلم يتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف
جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل
وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض
والبقر والعمل لآخر فانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد

به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر فانه لا يجوز ايضاً لانه لا يجوز
عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر
في رواية اعتباراً بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض
ويصير مستقرضاً للبذر قابضاً له باتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة
الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج بينهما شائعاً تحقيقاً
لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزاناً مسماة فهي باطلة لان به تنقطع
الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر فصار كاشتراط
دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب
البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض
معين او في جميعه بان لم تخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرطا رفع
الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط
صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين
مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر والارض عشرية
وقسمة الباقي وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما
لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه
لعله لا يخرج من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من
ناحية معينة ولآخر ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما
التبن وللآخر الحب لانه عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج
الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي
الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين
ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن
يكون لصاحب البذر لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد
هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ التبن بينهما ايضاً

اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط
الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد
وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج
الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال واذا صحت المزارعة
فالخارج على الشرط لصحة الالتزام فان لم تخرج الارض شيئاً فلا شيء
للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر
مسمى ولا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا
يفوت الذمة بعدم الخارج قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر
لانه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله
لصاحب البذر قال ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله
لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له اجر مثله بالغاً
ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل
لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل
ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد
تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو
على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة
فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلاً في الاجارة
وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة
طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل
اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل
من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثاً
فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال واذا عقدت

المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي
في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر اجيراً ليهدم داره وان امتنع
الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد
ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ
به المزارعة قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض
فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى
يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك قال واذا مات احدهما بطلت
المزارعة اعتباراً بالاجارة وقد مر الوجه فيها فلو كان دفعها ثلاث سنين
فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد مات رب الارض ترك
الزرع في يد المزارع حتى يستحصد ويقسم على الشرط وينتقض المزارعة
فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين
بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ
فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض
وكرى الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء
للعامل بمقابلة ما عمل لما نبينه ان شاء الله واذا فسخت المزارعة بدين فادح
لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان
يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد
وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت
الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في
البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي
من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالماً والحبس
جزاء الظلم قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على
المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع ونفقة الزرع

عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لأن في تبقية الزرع بأجر المثل
تعديل النظر من الجانبين فيصار إليه وإنما كان العمل عليهما لأن العقد قد
انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما إذا مات
رب الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لأن هناك أبقينا
العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل أما ههنا فالعقد
قد انتهى فلم يكن في هذا إبقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب
العمل عليه فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع
لأنه لا ولاية له عليه ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلاً لم يكن له
ذلك لأن فيه إضراراً بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلاً قيل
لصاحب الأرض اقلع الزرع فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق
أنت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لأن المزارع لما امتنع من العمل
لم يجبر عليه لأن في إبقاء العقد بعد وجود المنهي نظراً له وقد ترك النظر
لنفسه ورب الأرض بين هذه الخيارات لأن بكل ذلك يستدفع الضرر
ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد
الزرع وأبى رب الأرض فلهم ذلك لأنه لا ضرر على رب الأرض ولا أجر لهم بما
عملوا لأنا أبقينا العقد نظراً لهم فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل
لما بينا والمالك على الخيارات الثلاثة على ما بينا قال وكذلك أجرة الحصاد
والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فإن شرطاه في المزارعة على
العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما ذكرنا من الصورة وهو انقضاء
المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك أن
العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مشتركاً بينهما ولا عقد
فيجب مؤنته عليهما وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة
لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل وعن أبي يوسف رحمه الله

أنه يجوز ذلك إذا شرط على العامل اعتباراً بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ
قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله هذا هو الأصح في ديارنا فالحاصل أن ما كان
من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد
الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباهها
على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان
قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فعلى العامل وما كان بعد
الإدراك كالجذاذ والحمل فعليهما ولو شرط الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق
لأنه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لأنه مال مشترك ولا عقد
ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه
ولو أرادا فصل القصيل أو جد الثمر بسراً أو التقاط الرطب فذلك
عليهما لأنهما أنهيا العقد لما عزما على الفصل والجذاذ بسراً فصار كما بعد
الإدراك **كتاب المساقاة** قال أبو حنيفة رحمه الله المساقاة
بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة إذا ذكر مدة معلومة وسميا جزءاً من الثمر مشاعاً
والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي
المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمعاملة لأن الأصل في هذا
المضاربة والمعاملة أشبه بها لأن فيها شركة في الزيادة دون الأصل وفي
المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر بأن شرط رفعه من رأس الخارج
يفسد فجعلنا المعاملة أصلاً وجوزنا المزارعة تبعاً كالشرب في بيع
الأرض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيه لأنه إجارة معنى
كما في المزارعة وفي الاستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج
لأن الثمر لإدراكه وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن
وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار لأن له نهاية
معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيراً

مخيفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فيدخله الجهالة وبخلاف ما
اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان
المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما
اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة
تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في
الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة
اذ شرط جزء معين يقطع الشركة فان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه
لا يخرج الثمر فيها فسدت لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا
مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت لانها لا نتيقن بفوات المقصود
ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل
اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما اذا علم
ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين
فساد المدة فبقي العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال
ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال
الشافعي رحمه الله في الجديد لا يجوز الا في الكرم والنخل لان جوازها بالاثر
وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت واثر خيبر
لا يخصهما لان اهلها كانوا يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم
فالاصل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب الكرم
ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس
للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر
لما قدمنا قال فان دفع نخلا فيه ثمر تزيد بالعمل جاز وان كانت قد
انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد
وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد

بعد الادراك والتناهي فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به
الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل قال واذا فسدت
المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار
كالمزارعة اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى
الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل
ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة
رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على
الاخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الاخر بين ان يقسموا البسر
على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على
البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق
الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان
يقوموا عليه وان كره ذلك رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان
ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلثة
التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه
وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك
لا ان يكون وارثه في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه
كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت
مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل ان
يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف
المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل
هنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد
انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق
العمل كما يستحق قبل انتهائها قال وتفسخ بالاعذار كما بينا في الاجارات

وقد ذكرنا وجوه الفساد فيها ومن جملتها أن يكون العامل سارقا يخاف
عليه سرقة السعف والثمر قبل الإدراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضرر
لم يلتزمه فتفسخ به ومنها مرض العامل يضعفه عن العمل لأن في إلزامه
استئجار الأجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو
أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون ذلك عذرا فيه روايتان وتأويل
إحداهما أن يشترط العمل فيه بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع أرضا
بيضاء إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن يكون الأرض والشجر
بين رب الأرض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان
حاصلا قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغارس فيه
قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل لأنه في معنى قفيز الطحان إذ هو استئجار
ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغرس
لاتصالها بالأرض فيجب قيمتها وأجر مثله لأنه لا يدخل في قيمة الغرس لتقومها
بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهي وهذا أصحهما

كتاب الذبائح الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى إلا ما ذكيتم
ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في
المأكول وغيره فإنها تنبئ عنه ومنه قوله عليه الصلوة والسلام ذكاة الأرض
يبسها وهو اختياري كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطراري
وهو الجرح في أي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الأول لأنه
لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأول وهذا آية البدلية وهذا لأن الأول
أعمل في إخراج الدم والثاني أقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الأول إذ التكليف
بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد إما اعتقادا
كالمسلم أو دعوى كالكتابي وأن يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه إن
شاء الله تعالى قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى

تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ويحل إذا كان يعقل التسمية والذبح
ويضبط وإن كان صبيا أو مجنونا أو امرأة أما إذا كان لا يضبط ولا يعقل
التسمية والذبيحة لا تحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك
بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا
وإطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لأن
الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام
سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولأنه لا يدعي
التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لأنه لا ملة له
فإنه لا يقر على ما انتقل إليه بخلاف الكتابي إذا انتقل إلى غير دينه
لأنه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني
لأنه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح في
الحرم من الصيد والإطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم
يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لأن الذكاة فعل مشروع وهذا
الصنيع محرم فلم يكن ذكاة بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح
في الحرم غير الصيد لأنه فعل مشروع إذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا ذبحه
لا يحرم على المحرم قال وإن ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة
لا تؤكل وإن تركها ناسيا أكل وقال الشافعي رحمه الله أكل في الوجهين
جميعا وقال مالك رحمه الله لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في
ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال
البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي رحمه الله مخالف
للإجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا
وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنه
أنه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم أنه يحل بخلاف متروك

التسمية عامداً ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك
التسمية عامداً لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه
لا ينفذ لكونه مخالفاً للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على
اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطاً للحل لما سقط
بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطاً فالملة اقيمت
مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر
اسم الله عليه نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث
عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما
سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك
رحمه الله يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار
ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع
غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع
الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور
لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم
التسمية في ذكوة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي
الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدور له في
الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط
عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية
لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو
اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح الاخرى اكل ولو سمى على سهم ثم
رمى بغيره صيداً لا يؤكل قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئاً غيره
وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احدها
ان يذكر موصولاً لا معطوفاً فيكره ولا يحرم الذبيحة وهو المراد بما قال

قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن
الذبح واقعاً له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم
والثانية ان يذكر موصولاً على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان
او يقول بسم الله وفلان او باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فيحرم الذبيحة
لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولاً عنه صورة ومعنى بان
يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا بأس به لما روي
عن النبي عليه السلام انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد
ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد
على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند
الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان
الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في
اصح الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمه دون التسمية وما تداولته
الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس
في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال والذبح بين الحلق واللبة
وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله
والاصل فيه قوله عليه السلام الذكوة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع
المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم
الكل سواء والعروق التي تقطع في الذكوة اربعة الحلقوم والمري
والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله
الثلث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي رحمه الله
في الاكتفاء بالحلقوم والمري الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع
الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك
ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل

الأكثر فإن قطع الأكثر فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا بد
من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكره
القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا أن هذا
قول أبي يوسف رحمه الله وحده وفي الجامع الصغير رحمه الله إن قطع
نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل وإن قطع الأكثر من الحلقوم
والأوداج قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافاً فاختلفت الرواية فيه
والحاصل أن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا قطع الثلاث أي ثلث كان يحل
وبه كان يقول أبو يوسف رحمه الله أولاً ثم رجع إلى ما ذكرنا وعن محمد رح
أنه يعتبر أكثر كل فرد وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن كل فرد
منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الأمر بفريه فيعتبر أكثر
كل واحد منها ولأبي يوسف رحمه الله أن المقصود من قطع الودجين
إنهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر إذ كل واحد منهما مجرى الدم
أما الحلقوم يخالف المريء فإنه مجرى العلف والماء والمريء
مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأكثر يقوم
مقام الكل في كثير من الأحكام وأي ثلث قطعها فقد قطع الأكثر منها
وما هو المقصود يحصل بها وهو إنهار الدم المسفوح والتوحية
في إخراج الروح لأنه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام ويخرج الدم
بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزاً عن زيادة التعذيب بخلاف ما إذا قطع
النصف لأن الأكثر باق فكأنه لم يقطع شيئاً احتياطاً لجانب الحرمة
قال ويجوز الذبح إذا كان منزوعاً حتى لا يكون بأكله بأس إلا أنه يكره
وقال الشافعي رحمه الله المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر
الدم وأفرى الأوداج ما خلا السن والظفر فإنهما مدى الحبشة ولأنه
فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله

قوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت ويروى أفر الأوداج بما شئت وما رواه
محمول على غير المنزوع فإن الحبشة كانوا يفعلون كذلك ولأنه آلة جارحة
فيحصل به ما هو المقصود وهو إخراج الدم فصار كالحديد والحجر بخلاف
غير المنزوع لأنه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وإنما يكره لأن فيه
استعمال جزء الآدمي لأن فيه اعتباراً على الحيوان وقد أمرنا فيه بالإحسان
قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وبكل شيء أنهر الدم إلا السن القائم
والظفر القائم فإن المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير
على أنها ميتة لأنه وجد فيه نصاً وما لم يوجد فيه نص يحتاط في ذلك
فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يكره أو لم يؤكل قال ويستحب أن يحد
الذابح شفرته لقوله عليه السلام إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا
قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم
شفرته وليرح ذبيحته ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي أنه عم
رأى رجلاً أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميتها
موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع
أو قطع الرأس كره له ذلك ويؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان
بلغ والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة أما الكراهية فلما روي أنه
عليه السلام نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت وتفسيره ما ذكرناه وقيل
معناه أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن
من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس
زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل أن ما فيه
زيادة ألم لا يحتاج إليه في الذكاة مكروه ويكره أن يجر ما يريد
ذبحه برجله إلى المذبح وأن تنخع الشاة قبل أن تبرد يعني قبل أن تسكن
من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ إلا أن الكراهة لمعنى

زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا
قال يؤكل ذبيحته قال فإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع
العروق حلت لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لأن فيه زيادة الألم من غير
حاجة فصار كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج وإن ماتت قبل قطع العروق
لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة قال وما استأنس من الصيد فذكاته
الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لأن ذكاة الاضطرار
إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الثاني
دون الأول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار
لما بينا وقال مالك رحمه الله لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لأن
ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار إلى البدل
كيف وإنا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب أطلق فيما توحش من
النعم وعن محمد رحمه الله أن الشاة إذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر
وإن ندت في المصر لا يحل بالعقر لأنها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها
فيه فلا عجز في المصر وغيره سواء في البقر والبعير لأنهما يدفعان
عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما وإن ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال
كالند إذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة
حل أكله قال والمستحب في الإبل النحر فإن ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر
والغنم الذبح فإن نحرهما جاز ويكره فالاستحباب لموافقة السنة المتوارثة
ولاجتماع العروق فيها في النحر وفيهما في الذبح والكراهة لمخالفة السنة
وهي لمعنى في غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك أنه لا يحل
قال ومن نحر ناقة أو ذبح شاة أو بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا
لم يؤكل أشعر أو لم يشعر وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والحسن
بن زياد رحمهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا تم خلقه أكل وهو

وبه قال الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه
ولأنه جزء من الأم حقيقة لاتصاله بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى
بغذاء الأم ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على
الأم ويعتق بإعتاقها وإذا كان جزءا منها فالجرح في الأم ذكاة له عند
العجز عن ذكاته كما في الصيد وله أنه أصل في الحيوة حتى يتصور حيوته
بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد في إيجاب الغرة ويعتق
بإعتاق مضاف إليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما
هو المقصود من الذكاة وهو المميز بين اللحم والدم لا يحصل بجرح الأم
إذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح
في الصيد لأنه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر
وإنما يدخل في البيع تحريا لجوازه كيلا يفسد باستثنائه ويعتق بإعتاقها
كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق والله أعلم **فصل فيما يحل أكله وما لا يحل**
قال ولا يجوز أكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير لأنه عليه السلام
نهى عن أكل كل ذي مخلب من الطير وذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب
النوعين فينصرف إليهما فيتناول سباع الطير والبهائم لا كل ما له ناب أو مخلب
والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم فيه
والله أعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الأوصاف الذميمة
إليهم بالأكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي
في إباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من سباع الهوام
وكرهوا أكل الرخم والبغاث لأنهما يأكلان الجيف قال ولا بأس بغراب
الزرع لأنه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا يؤكل الأبقع الذي
يأكل الجيف وكذا الغداف وقال أبو حنيفة رحمه الله لا بأس بأكل العقعق
لأنه يخلط فأشبه الدجاجة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يكره لأن غالب

من أكله الجيف ويكره أكل الضب والضبع والسلحفاة والزنبور والحشرات
كلها أما الضب فلأنه عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته
عن أكله وهو حجة على الشافعي رحمه الله في إباحته وأما الضبع فلما ذكرناه
والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب
بقتله على المحرم شيء وإنما يكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها
قال ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال لما روي عن خالد بن الوليد نهى عن لحم
الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه أنه عليه السلام أهدر المتعة
وحرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند أبي ح
وهو قول مالك رح وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله
لا بأس بأكله لحديث جابر أنه نهى النبي عليه السلام عن لحوم الحمر
الأهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر وله قوله تعالى والخيل والبغال
والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والأكل من أعلى
منافعها والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بأدناها ولأنها
آلة إرهاب العدو فيكره أكلها احتراماً لها ولهذا يضرب لها بسهم في
الغنيمة ولأن في إباحتها تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث
خالد والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة
تنزيه والأول أصح وأما لبنها فقد قيل لا بأس به لأنه ليس في شربه تقليل
آلة الجهاد قال ولا بأس بأكل الأرنب لأنه عليه السلام أكل منه حين أهدي
إليه مشوياً وأمر أصحابه بالأكل منه ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف
فأشبه الظبي قال وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده إلا الآدمي
والخنزير فإن الذكاة لا تعمل فيهما أما الآدمي فلحرمته وكرامته والخنزير
لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رحمه الله الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك
لأنه تؤثر في إباحة اللحم أصلاً وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً ولا تبع

تبع بدون الأصل فصار كذبح المجوسي ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة
الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات اللحم والجلد فإذا
زالت طهر كما في الدباغ وهذا حكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم
وفعل المجوسي إماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه
حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافاً له وهل يجوز الانتفاع
به في غير الأكل قال ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك وقال مالك وجماعة بإطلاق
جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الإنسان والكلب والخنزير وعن الشافعي رحمه الله
أنه أطلق ذلك كله والخلاف في الأكل والبيع واحد لهم قوله تعالى أحل لكم صيد
البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته
ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه
السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى
النبي عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد
المذكور فيما تلي محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة
فيما روي محمول على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت
لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال
قال ويكره أكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لإطلاق
ما روينا ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضه عم
قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن
جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافاً
إلى البحر لا ما مات فيه بغير آفة ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع
السمك والجراد من غير ذكاة وقال مالك رحمه الله لا يحل الجراد إلا أن يقطع
الآخذ رأسه أو يشويه لأنه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء
يليق به فلا يحل إلا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل

علي عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيه الميت وغيره فقال كل كله وهذا
عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك
اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل
في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ وان مات حتف انفه
من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية
المنتهى وعند التأمل يقف المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل
اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما ابين وما بقي لان موته بآفة
وما ابين من الحي وان كان ميتة فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر
في يوم الاضحى عن نفسه وعن اولاده الصغار اما الوجوب فقول ابي
حنيفة ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله واحدى الروايتين عن ابي يوسف
وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الطحاوي
ان على قول ابي حنيفة رحمه الله واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح
سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عم
من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة
ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المسافر لانهما لا يختلفان في
الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عم
من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد
لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى
وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب
هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء اختص باسباب
يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه بمنزلة
الجمعة والمراد بالارادة فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير

لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة يقام في رجب على ما قيل وانما اختص
الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا يتأدى الا بالملك والمالك
هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا وباليسار لما روينا
من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم
وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله
تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه لما بيناه وعن ولده الصغير
لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن
ابي حنيفة رحمه الله وروي عنه انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية
بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان
في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا يجب على الغير
بسبب الغير ولهذا لا يجب عن عبده وان كان يجب عليه صدقة الفطر
وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي وزفر رضي الله عنهم
يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة
الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان هذه القربة
يتأدى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير
ولا يمكنه ان يأكل كله والاصح ان يضحي من ماله ويأكل ما امكنه ويبتاع بما
بقي ما ينتفع بعينه قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة
او بدنة عن سبعة والقياس انها لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة
وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر انه قال نحرنا مع
رسول الله البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة
فبقي على اصل القياس ويجوز عن خمسة او ستة او ثلاثة ذكره محمد رح
في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم اولى فلا يجوز عن ثمانية

اخذاً بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع ولا يجوز
عن الكل لانعدام وصف القربة في حق البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى
وقال مالك يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز
عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت
في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت
لان اليسار له ويؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة
ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة
الاسباع جاز نصف السبع تبعاً لها واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم
بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافاً لم يجز الا اذا كان معه
شيء من الاكارع والجلد اعتباراً بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها
عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه اجزاءه استحساناً وفي القياس
لا يجوز وبه قال زفر رحمه الله لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولاً
والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة
يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت
الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعاً للحرج وقد امكن لانه بالشراء للتضحية
لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف
وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يكره الاشتراك
بعد الشراء لما بينا قال وليس على المسافر والفقير اضحية لما قلنا وابو بكر
وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه
انه قال ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال ووقت الاضحية يدخل
بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام
العيد فاما اهل السواد فانهم يذبحون بعد طلوع الفجر والاصل فيه
قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ومن ذبح بعد الصلوة فقد

فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا
في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة
وهو المصري دون اهل السواد لان التاخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة
ولا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على
مالك والشافعي في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر
في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر
يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري
اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى الخارج فيضحي بها كما طلع الفجر لما انها
تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة
تسقط بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتباراً
بها بخلاف صدقة الفطر فانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من
يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة
اجزاءه استحساناً لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزاتهم وكذلك
على هذا عكسه وقيل هو جائز قياساً واستحساناً قال وهي جائزة في ثلثة
ايام يوم النحر ويومين بعده وقال الشافعي رحمه الله ثلثة ايام بعده
لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي
وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد
قالوه سماعاً لان الرأي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا
بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى
اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه
يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي
باربعة اولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية
فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع

محض فتفضل عليها ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات
كلها فنزلت منزلة الصلوة والطواف في حق الآفاقي ولو لم يضح حتى مضت
ايام النحر فان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا تصدق بها حية وان كان
غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب
على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق
اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية
قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عم
لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة
البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال ولا تجوز مقطوعة الاذن والذنب
اما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما
واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال ولا التي ذهب
اكثر اذنها او ذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء
وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت
الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير رحمه الله
عنه اذا قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه وان
كان اكثر لم يجز لان الثلث ينفذ فيه الوصية من غير رضى الورثة فاعتبر
قليلا وفيما زاد لا ينفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه
يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه السلام
في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقالا اذا بقي الاكثر من النصف
جاز اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه
ابو الليث قال ابو يوسف رحمه الله اخبرت بقولي ابا حنيفة رحمه الله
فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف رحمه الله
وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما

في انكشاف العضو عن ابي يوسف رحمه الله ومعرفة المقدار في غير العين
متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد ان كانت الشاة لا تعتلف
يوما او يومين ثم يقرب اليها العلف قليلا قليلا فاذا رأته من موضع اعلم
على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة ويقرب اليها العلف كذلك حتى
اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا
فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال ويجوز ان يضحي بالجماء
وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن
لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح انه عليه السلام ضحى بكبشين
املحين موجوئين والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف
لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء اذا كانت
سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة
لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها
روي عن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه
ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن
لها خلقة لا يجوز لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم
الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء
ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان
فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين
به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه
كما في نصاب الزكوة وعلى هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية
على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت واشترى
اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما
ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا

خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لأن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكأنه
حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت
من فوره وكذا بعد فوره عند محمد رحمه الله خلافا لأبي يوسف رحمه الله لأنه
حصل بمقدمات الذبح قال والأضحية من الإبل والبقر والغنم لأنها عرفت شرعا
ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة قال ويجزئ
من ذلك كله الثني فصاعدا إلا الضأن فإن الجذع منه يجزئ
لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا إلا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من
الضأن وقال عليه السلام نعمت الأضحية الجذع من الضأن قالوا وهذا
إذا كان عظيما بحيث لو خلط بالثنايا يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من
الضأن ما تمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة
أشهر والثني ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الإبل ابن خمس سنين ويدخل
في البقر الجاموس لأنه من جنسه والمولود بين الأهلي والوحشي يتبع الأم لأنها هي
الأصل في التبعية حتى إذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال
وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات أحدهم قبل الذبح وقالت الورثة
اذبحوها عنه وعنكم أجزأهم فإن كان شريك الستة نصرانيا أو رجلا يريد
اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه
أن يكون قصد الكل القربة وإن اختلفت جهاتها كالأضحية والقران والمتعة
عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الأول
لأن التضحية عن الغير عرفت قربة ألا ترى أنه عليه السلام ضحى عن أمته
على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لأن النصراني ليس من أهلها
وكذا قصد اللحم ينافيها وإذا لم يقع قربة والإراقة لا تتجزأ في حق القربة
فلم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكرناه استحسان
والقياس أن لا يجوز وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأنه تبرع بالإتلاف

بالإتلاف فلا يجوز عن غيره كالإعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن
الميت كالتصدق بخلاف الإعتاق لأن فيه إلزام الولاء على الميت ولو ذبحوها
عن صغير في الورثة أو أم ولد جاز لما بينا أنه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها
الباقون بغير إذن الورثة لم يجزهم لأنه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد
الإذن من الورثة فكان قربة قال ويأكل من لحم الأضحية ويطعم الأغنياء والفقراء
ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحي فكلوا منها وادخروا
ومتى جاز أكله وهو غني جاز أن يؤكله غنيا ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن
الثلث لأن الجهات ثلاثة الأكل والادخار لما روينا والإطعام لقوله تعالى
وأطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها أثلاثا قال ويتصدق بجلدها
لأنه جزء منها أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالجراب والنطع والغربال ونحوها
لأن الانتفاع به غير محرم ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع به بعينه في البيت
مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لأن للبدل حكم المبدل ولا يشتري
به ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخل والأبازير اعتبارا بالبيع بالدراهم
والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع
الجلد واللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به إلا باستهلاكه تصدق بثمنه لأن القربة
انتقلت إلى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له يفيد
كراهية البيع أما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي أجر الجزار
من الأضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها
ولا تعط أجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع أيضا لأنه في معنى البيع
ويكره أن يجز صوف الأضحية وينتفع به قبل أن يذبحها لأنه التزم إقامة
القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لأنه أقيمت القربة بها كما في الهدي
ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف قال والأفضل أن يذبح أضحيته
بيده إن كان يحسن الذبح وإن كان لا يحسنه فالأفضل أن يستعين

بغيره وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة
رضي الله عنها قومي فاشهدي أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب
قال ويكره أن يذبحها الكتابي لأنه عمل هو قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره
فذبح جاز لأنه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بإنابته ونيته بخلاف ما إذا
أمر المجوسي لأنه ليس من أهله فكان إفسادا قال وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد
منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان وأصل هذا
أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه
عن الأضحية في القياس وهو قول زفر رحمه الله وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان
على الذابح وهو قولنا وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير إذنه فيضمن كما إذا
ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح لتعينها
للأضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدل بها
غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذنا له دلالة لأنها
تفوت بمضي هذه الأيام وعساه يعجز عن إقامتها بعوارض فصار كما إذا ذبح
شاة شد القصاب رجلها فإن قيل يفوته أمر مستحب وهو أن يتولى ذبحها
بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته
مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس
مسائل استحسانية وهي أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطة غيره أو رفع جرته فانكسرت
أو حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير إذن المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك
اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته أو جعل الحنطة في الزورق
وربط الدابة عليه أو رفع الجرة وأمالها إلى نفسه أو حمل على دابته فسقط في
الطريق فأوقد هو النار فيه أو ساق الدابة فطحنها أو أعانه على رفع الجرة فانكسرت
فيما بينهما أو حمل ما سقط على دابته فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا
لوجود الإذن دلالة إذا ثبت هذا فنقول في مسألة الكتاب ذبح كل واحد منهما

أضحية غيره بغير أمره صريحا فهي خلافية زفر رحمه الله بعينها ويأتي فيه القياس
والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه
لأنه وكيله فيما فعل دلالة فإن كانا قد أكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما
صاحبه ويجزيهما لأنه لو أطعمه في الابتداء يجوز وإن كان غنيا فكذا له أن
يحلله في الانتهاء وإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه
ثم يتصدق بتلك القيمة لأنها بدل عن اللحم فصار كما لو باع الأضحية وهذا
لأن التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له ومن أتلف لحم أضحية غيره كان
الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته
لأنه ملكها سابق الغصب بخلاف ما لو أودع شاة فضحى بها لأنه يضمنها
بالذبح فلم يثبت الملك له إلا بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال الشيخ
الإمام الأجل تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه الله نصا أن كل مكروه حرام

فصل في الأكل والشرب

قال أبو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الأتن وألبا
وأبوال الإبل وقالا لا بأس بأبوال الإبل وتأويل قول أبي يوسف رحمه الله
أنه لا بأس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح
فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه قال ولا يجوز الأكل والشرب
والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله صلعم
في الذي يشرب في آنية الذهب والفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم وأتي
أبو هريرة رضي الله عنه بشراب في إناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه
رسول الله عليه السلام وإذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه
لأنه في معناه ولأنه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين وقال
في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي و
كذا الأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميلها وكذا ما أشبه ذلك
كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا بأس باستعمال آنية الرصاص

والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رحمه الله يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف رحمه الله يكره ذلك وقول محمد رحمه الله يروى مع قول ابي حنيفة رحمه الله ويروى مع ابي يوسف رحمه الله وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما واذا جعل ذلك في السيف وفي المشجد وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا باس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة وله ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والصبي والجارية لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في الاسواق فلو لم يقبل

لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير رحمه الله اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق بينما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا او كافرا او مسلما او عبدا او حرا او ذكرا او انثى دفعا للحرج اما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الراي قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والمقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط فانه يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها

في كفاية المنتهي قال ومن دعي إلى وليمة أو طعام فوجد ثمة لعباً أو غناءً
فلا بأس بأن يقعد ويأكل قال أبو حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا مرة
فصبرت وهذا لأن إجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة
فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلوة
الجنازة فإنها واجبة وإن حضرتها نائحة فإن قدر على المنع منعهم وإن لم
يقدر يصبر وهذا إذا لم يكن مقتدى به فإن كان مقتدى ولم يقدر
على منعهم يخرج ولا يقعد لأن في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على
المسلمين والمحكي عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصير
مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن يقعد وإن لم يكن مقتدى
به لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو
علم قبل الحضور لا يحضر لأنه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما إذا هجم
عليه لأنه قد لزمه ودلت المسألة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب
القضيب وكذا قول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت لأن الابتلاء بالمحرم
يكون ومنها فصل في اللبس قال ولا يحل للرجال لبس الحرير ويحل
للنساء لأنه عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال إنما يلبسه من لا
خلاق له في الآخرة أي لا نصيب له وإنما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه
عدة من الصحابة منهم علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام خرج وبإحدى
يديه ذهب وبالأخرى حرير وقال هذان حرامان على ذكور أمتي حل لإناثهم
ويروى حل لإناثهم إلا أن القليل عفو وهو مقدار ثلثة أصابع أو أربعة
كالأعلام والمكفوف بالحرير لما روي أنه عليه السلام نهى عن لبس الحرير إلا موضع
إصبعين أو أربعة أراد الأعلام وعنه عليه السلام أنه كان يلبس جبة
مكفوفة بالحرير قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا يكره وفي الجامع الصغير رحمه الله ذكر قول محمد رحمه الله وحده ولم

يذكر قول أبي يوسف رحمه الله وإنما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا
الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب لهما العمومات ولأنه من زي
الجبابرة والأكاسرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه إياكم وزي
الأعاجم وله ما روي أنه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كانت على
بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة من حرير ولأن القليل من الملبوس
مباح كالأعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجاً
على ما عرف قال ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى
الشعبي أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولأن فيه
ضرورة فإن الخالص منه أدفع لمعرة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه
ويكره عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا فصل فيما روينا والضرورة اندفعت
بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح
إلا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا بأس بلبس ما سداه
حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لأن الصحابة كانوا يلبسون
الخز والخز مسدى بالحرير ولأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج والنسج
باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال أبو يوسف رحمه الله أكره
ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا أرى بحشو القز بأساً لأن الثوب
ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريراً وسداه غير حرير
لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة
على ما بيناه قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة
لأنها في معناه إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقاً لمعنى
النموذج والفضة أغنت عن الذهب إذ هما من جنس واحد كيف وقد جاءت
في إباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير رحمه الله ولا يتختم إلا بالفضة وهذا
نص على أن التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى النبي عليه الصلوة والسلام

على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد
فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له
يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب
يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة
ضرورة التختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة
هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر
ويجعل الفص الى باطن الكف بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما
يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى التختم فاما غيرهما فالافضل ان يتركه
لعدم الحاجة اليه قال ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه
لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا ولا تشد الاسنان بالذهب
وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله بالذهب
ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد
اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عليه السلام
ان يتخذ انفا من ذهب وله ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة
وقد اندفعت بالفضة وهو الادنى فبقي الذهب على اصل التحريم والضرورة
فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من
الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس س
كالخمر لما حرم شربه حرم سقيه قال ويكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق
لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا
كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وصار كالتربع
في الجلوس ولا بأس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة
ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعك

لا ينفعك اليوم اذ همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم • وقد روي ان النبي عليه السلام
امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر
عند النسيان ومنها فصل في النظر واللمس والوطء قال ولا يجوز للرجل
ان ينظر من الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا ما ظهر منها • قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم
والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة موضعها
ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء
وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يباح النظر الى
ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال فان كان لا يأمن الشهوة لا ينظر
الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة اجنبية
عن شهوة صب الآنك في عينيه يوم القيامة فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير
حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء
كما اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان
يأمن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه
بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على
كفه جمرة يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا
لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي
ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل على بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم
وكان يصافح العجائز واستأجر عبد الله بن الزبير عجوزا لتمرضه وكانت
تغمز رجليه وتفلي رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها
لما قلنا فان كان لا يأمن لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة
والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح منها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة

قال ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها
النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة
القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها
لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح اما النظر لتحمل
الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي
فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس بان ينظر
اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم
بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر
الى موضع المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى
الجنس اسهل فان لم يقدر يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر
ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر
الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل
لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف رح
لانه امارة المرض قال وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته
الى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما
دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما
يقوله ابو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي
والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا
لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه العادة لانه لا
معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي عم
انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها
ابو هريرة رضي الله عنه وقال النبي عليه السلام لجرهد وار فخذك
اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم

المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ
وفي الفخذ اخف منه في السوأة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف
الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب ان لج وما يباح النظر للرجل
يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل
الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة
في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر
المرأة من الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل من محارمه لان النظر الى خلاف الجنس
اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك
يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه
الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة
والغالب كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في
الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه
حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء
الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما
يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في
نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي
حنيفة رحمه الله ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها
الى الرجل يحتاجون الى الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال
وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر
الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك
الا عن امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر
اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام
اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث

الشيطان لو رخص له ثم وكان ابن عمر يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل
معنى اللذة قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والعضدين
والساقين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين
زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهو ما ذكر في الكتاب
ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة
بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست بمواضع الزينة ولان البعض يدخل
على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة
فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة
المؤبدة فقلما تشتهي بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم
من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع
والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح
في الاصح لما بينا قال ولا بأس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة
الى ذلك في المخالطة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها
حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف
عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه الصلوة والسلام
العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة
الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عم
لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم
منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما
الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاج الى الاركاب والانزال فلا بأس
بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة
فان خافها على نفسه او عليها يقينا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده
ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب

بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن
قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر
اليه من ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه
وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال
المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى
جارية متقنعة علاها بالدرة وقال القي عنك الخمار يا دفار اتتشبهين
بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل
انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى
لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة
وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة رحمه الله
على ما عرف فاما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم
وقيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله
في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال ولا بأس بان
يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكره في المختصر
واطلق ايضا في الجامع الصغير رحمه الله ولم يفصل قال المشايخ رحمهم الله
يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى
او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس
بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه
بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رحمه الله انها اذا كانت
تشتهي ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء
قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء
مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق
وينزل وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه

بو حنيفة لم يحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال
ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيدته إلا إلى ما يجوز للأجنبي النظر إليه منها
وقال مالك رحمه الله هو كالمحرم وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله لقوله تعالى
أو ما ملكت أيمانهن ولأن الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان
ولنا أنه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة
والحاجة قاصرة لأنه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الإماء قال سعيد والحسن
وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فإنها في الإناث دون الذكور قال ويعزل
عن أمته بغير إذنها ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنها لأنه عليه السلام نهى عن العزل
عن الحرة إلا بإذنها وقال عليه السلام لمولى أمة اعزل عنها إن شئت ولأن الوطئ
حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق
للأمة في الوطئ فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير إذنها ويستبد به المولى ولو كانت
تحته أمة غيره فقد ذكرنا في النكاح ومنها

فصل في الاستبراء وغيره

قال ومن اشترى جارية فإنه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر إلى فرجها
بشهوة حتى يستبرئها والأصل فيه قوله عليه السلام في سبايا أوطاس ألا لا توطأ
الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة أفاد وجوب
الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد
لأنه هو الموجود في مورد النص وهذا لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم
صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه وذلك عند
تحقق الشغل وتوهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب
ويجب على المشتري لا على البائع لأن العلة الحقيقية إرادة الوطئ والمشتري
هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه لأن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على
دليلها وهو التمكن من الوطئ إنما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم
عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم

الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والميراث والوصية والخلع والكتابة
وغير ذلك وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا
يحل وطؤها وكذا إذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وإدارة الأحكام
على الأسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر فيه تحقق السبب عند توهم الشغل
وكذا لا يجتزئ بالحيضة التي اشتراها فيها ولا بالحيضة التي حاضتها
بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة
بعدها قبل القبض خلافا لأبي يوسف رحمه الله لأن السبب استحداث
الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزئ بالحاصل قبل الإجازة
في بيع الفضولي وإن كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء
الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري
فيها شقص فاشترى الباقي لأن السبب قد تم الآن والحكم يضاف إلى تمام
العلة ويجتزئ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية أو مكاتبة
بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها
بعد السبب وهو استحداث الملك واليد إذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع
كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة
أو المؤاجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد
وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة
ذكرناها في كفاية المنتهي وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطئ
حرمت الدواعي لإفضائها إليه أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار
ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها
لأنه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولأنه زمان نفرة فالإطلاق في الدواعي
لا يفضي إلى الوطئ والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات فتفضي
إليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد رحمه الله أنها لا تحرم لأنه

لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي
بخلاف المشتراة على ما بيناه والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا
وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا
حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل كما في العدة وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها
ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين
او ثلثة وعن محمد رحمه الله اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا
بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر رحمه الله سنتان وهو رواية
عن ابي حنيفة قال ولا بأس بالاحتيال في اسقاط الاستبراء عند ابي
يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة
والمأخوذ قول ابي يوسف رحمه الله فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في
طهرها ذلك وقول محمد رحمه الله فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت
المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة
ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها
ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث
الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء
وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة
الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة
حتى يكفر لانه لما حرم الوطئ الى ان يكفر حرمت الدواعي لافضائها اليه
لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة
اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر
عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج
ولا كذلك ما عددناه لقصور مددها وقد صح انه عليه السلام كان

كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن كان له امتان
اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها
ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها
واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطئا لقوله تعالى
وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانهم لان
الترجيح للمحرم وكذلك لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان
الدواعي الى الوطئ بمنزلة الوطئ في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما
فكانه وطئهما ولو وطئهما فليس له ان يجامع احديهما ولا ان ياتي بالدواعي
فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما
بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه
فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر
اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطئ يحرم به
وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق
في هذا لثبوت حرمة الوطئ بذلك كله وبرهن احديهما واجارتها وتدبيرها
لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح
اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يحل له وطئ الاخرى الا ان يدخل
الزوج بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم
ولو وطئ احديهما حل له وطئ الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا
بوطئ الاخرى لا بوطئ الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما
ذكرناه بمنزلة الاختين قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا
منه او يعانقه وذكر الطحاوي رحمه الله ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف رحمه الله لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي انه عليه السلام عانق
جعفرا حين قدم من الحبشة وقبله بين عينيه ولهما ما روي انه عليه السلام

لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع
فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر
عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا
حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما
تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب
الدين ان ياخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع
في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي
الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البائع وفي الوجه الثاني
صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه
قال ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في
يضر الاحتكار باهله وكذا التلقي فاما اذا كان في بلد لا يضر فلا باس
به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون
ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق
الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كان البلد صغيرا بخلاف ما
اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذا التلقي
على هذا التفصيل لانه عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان
قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلد فان لبس فهو
مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة
والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رح
كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ثوبا او فضة او ذهبا
وعن محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف رحمه الله تع
اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة رحمه الله
اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم

لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي
مقدرة باربعين يوما لقوله عليه السلام من احتكر طعاما اربعين يوما
فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل
عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت
في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط عياذا بالله وقيل
المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة
في الطعام غير محمودة قال ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر
فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة
الا ترى ان له ان لا يزرع فكذا له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول
ابي حنيفة رحمه الله لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها
وقال ابو يوسف رحمه الله يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد رحمه الله
كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه
لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه
الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على
الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط
الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه
الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا
الامر يامر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في
ذلك فينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى
زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون
عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير
فحينئذ لا باس به بمشورة من اهل الرأي والبصر فاذا فعل ذلك وتعدى
رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رح

لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم وللبيع
منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر
طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل
يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا
كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل
الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه
من اهلها فلا باس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمل في الفتنة فلا يكره بالشك
قال ولا باس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقوم بعينه
بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه
قال ومن آجر دارا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر
بالسواد فلا باس به وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا ينبغي ان
يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة
البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل
المستاجر وهو مختار فيه فقطعت نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا
يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار
لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا كان هذا في سواد الكوفة
لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة
فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يكره له ذلك لانه
اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها
والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب
من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد
المعصية قال ولا باس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند

عند ابي حنيفة رحمه الله لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار
كالبناء وقال ابو حنيفة رحمه الله لقوله عليه السلام مكة حرام لا تباع رباعها
ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها
حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع
بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام
من آجر ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد
رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره
ومن وضع درهما عند بقال ياخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به
نفعا وهو ان ياخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض
جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم ياخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة
وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ والله اعلم **مسائل متفرقة** قال
ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا
القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير
يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا
لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا
قال ولا باس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه
بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل ولا باس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام
وقال الشافعي رحمه الله يكره ذلك وقال مالك رحمه الله قوله تعالى انما المشركون
نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة
لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك
والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه السلام
انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقاده فلا يؤدي
الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين

عراةً كما كانت عادتهم في الجاهلية قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة حث
الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا باس باخصاء البهائم وانزاء
الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وقد صح ان النبي عليه السلام
ركب البغلة واقتناها فلو كان هذا الفعل حراماً لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال
ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح
ان النبي عليه السلام عاد يهودياً مرض بجواره قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه
اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب
في كراهة الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو
محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا باس به
وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله لانه مأثور عن النبي عليه السلام انه كان من دعائه
اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم
وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط
في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك
ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد
والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل
قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا
الثلاثة تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال
بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخاطر وتذكية
الافهام وهو محكي عن الشافعي رحمه الله ولنا قوله عليه السلام من لعب
بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب
يصد عن ذكر الله تعالى وعن الجمع والجماعات فيكون حراماً لقوله عليه السلام
ما الهاك عن ذكر الله تعالى فهو ميسر ثم ان قامر به يسقط عدالته وان لم يقامر
لا يسقط لانه متأول فيه وكره ابو يوسف ومحمد رحمهما الله التسليم عليهم تحذيراً

تحذيراً لهم ولم ير ابو حنيفة رحمه الله به باساً ليشغلهم عما هم فيه قال
ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته
ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي
القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهل التبرع وجه الاستحسان
انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبداً وقبل هدية
بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رضي الله
تعالى عنهم اجمعين دعوة مولى ابي اسيد وكان عبداً ولان في هذه الاشياء
ضرورة لا يجد التاجر بداً منها ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته ولا
ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس ومن كان في يده
لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا
ان التصرف على الصغار انواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من
هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي
قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو
شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله
وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك
هؤلاء هذا النوع فالولي اولى الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون
الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهدية والصدقة
والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل
لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظراً للصبي فيملكه بالعقل والولاية والحجر
صار بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر
ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه
ولا كذلك الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا
اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعاً فيجب المسمى وهو نظير العبد

المجوس ويواجر بنفسه وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية
ويروى الداية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك رأسه
وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره
ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد
تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي
بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه
لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالحرام حرام قال
ولا بأس برزق القاضي لان النبي عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض
له وبعث عليا رضي الله عنه الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين
فيكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة
كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان
شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها
ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة
فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا
فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح
صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع
زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى
الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ اول السنة وهو يعطى منه
وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة
الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل
هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استعجال
نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا بأس بان تسافر الامة وام الولد
بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على

يجب نخ

على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع
الماء عنه او غلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان
الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام
لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية اذا وقف انسان من اقصى العامر
فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري
ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد رحمه الله انه يشترط ان لا يكون
مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فاما
التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا يكون مواتا واذا لم يعرف له مالك يكون لجماعة
المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية
على ما قال شرطه ابو يوسف رحمه الله لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية
لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع
ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف
بخواهر زاده رحمه الله وشمس الائمة السرخسي رحمه الله اعتمد على ما اختاره ابو
يوسف رحمه الله ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهي له
ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة
رحمه الله قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما رويناه
يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين
بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر
الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا
سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو
احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها

لا دفنها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه
ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الارض فيه بلام التمليك وملكه لا
يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة
نفر على التعاقب فعن محمد رحمه الله ان طريق الاول في الارض الرابعة
لتعينها للتطرق وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملك الذمي بالاحياء
كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء
على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها
الى غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فيحصل المنفعة للمسلمين من حيث
العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير
ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به
لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه
فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه
ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه
وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلاث سنين
لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر
بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها
غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول
وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير
الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك
او خضد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها
من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين
وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد رحمه الله انه احياء ولو

فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا ولو سقاها
مع حفر الانهار يكون احياء لوجود الفعلين ولو حوطها وسنمها بحيث
يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال ولا يجوز
احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق
حاجتهم اليها حقيقة او دلالة على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم
بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى
للمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن حفر
بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده
او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن
فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون
ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه
من كل جانب اربعون ذراعا لان من الاراضي ما يكون رخوة ويتحول الماء الى
ما حفر دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما
وعند ابي حنيفة رحمه الله اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام
حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر
الناضح ستون ذراعا ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء
وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة
فلا بد من التفاوت وله ما روينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله
والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس
يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما
اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقى
من بئر العطن بالناضح باليد فاستوت الحاجة فيه ويمكنه ان يدير البعير
حول البئر فلا يحتاج الى زيادة مسافة قال وان كانت عينا فحريمها

خمسمائة ذراع لما روينا ولأن الحاجة فيها ماسة إلى زيادة مسافة لأن
العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه
الماء ومن موضع يجري منه إلى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير
بخمسمائة بالتوقيف والأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرناه
في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل إن التقدير في العين
والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابتها وفي أراضينا رخاوة فيزاد كيلا
يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الأول قال فمن أراد أن يحفر في حريمها منعه
منه كيلا يؤدي إلى تفويت حقه أو الإخلال به وهذا لأنه بالحفر ملك الحريم
ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف في ملكه فإن احتفر بئرا
في حريم الأولى فللأول أن يصلحه ويكبسه تبرعا ولو أراد أخذ الثاني
فيه قيل يأخذه بكبسه لأن إزالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في
دار غيره فإنه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما إذا
هدم جدار غيره هذا هو الصحيح ذكره في كتاب أدب القاضي للخصاف
وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الأولى فلا ضمان عليه لأنه غير
متعد إن كان بإذن الإمام فظاهر وكذا إذا كان بغير إذنه عندهما وعند
أبي حنيفة رحمه الله أنه يجعل الحفر تحجيرا وهو تسبب منه بغير إذن
الإمام وإن كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان لأنه
متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وإن حفر الثاني بئرا وراء حريم البئر الأولى
فذهب ماء البئر الأولى فلا شيء عليه لأنه غير متعد في حفرها وفي
الثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول لسبق ملك الحافر
الأول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد رحمه الله أنه بمنزلة
البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم له ما لم يظهر الماء
على الأرض لأنه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور

الماء هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة
التي تغرس في أرض موات لها حريم أيضا حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجرا
في حريمها لأنه يحتاج إلى حريم له يجذ فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر
بخمسة أذرع به ورد الحديث قال وما ترك الفرات أو الدجلة وعدل
عنه الماء ويجوز عوده إليه لم يجز إحياؤه لحاجة العامة إلى كونه نهرا
فإن كان لا يعود إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريما لعامر لأنه ليس في ملك
أحد لأن قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الإمام قال ومن كان له نهر
في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يقيم بينة على
ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي طينه عليها قيل هذه
المسألة بناء على أن من أحيى نهرا في أرض موات بإذن الإمام لا يستحق الحريم
عنده وعندهما يستحقه لأن النهر لا ينتفع به إلا بالحريم لحاجته إلى
المشي لتسييل الماء ولا يمكنه عادة في جوف النهر وإلى إلقاء الطين
ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر
وله أن القياس يأباه على ما ذكرنا وفي البئر عرفناه بالأثر والحاجة إلى
الحريم فيه فوقها إليه في النهر لأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم
ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء ولا استقاء إلا بالحريم فيتعذر الإلحاق
ووجه البناء أن باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر
والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد
لصاحب الأرض على ما نذكره إن شاء الله تعالى فإن كانت مسألة مبتدأة
فلهما أن الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب
الأرض نقضه وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى أما صورة فلاستوائهما
وأما معنى فمن حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر يشهد لمن في يده
ما هو أشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع

في الأرض معلق على بناء أحدهما فإنه يقضي للذي هو في يده ما هو أشبه بالمتنازع
فيه فالقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء إنما
النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه إن كان مستمسكاً به ماء نهره فالآخر
دافع به الماء عن أرضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا أنه ملكه كالحائط
لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وإن كان ملكه وفي الجامع الصغير
نهر لرجل إلى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة أرض تلزقها وليست المسناة
في يد واحد منهما فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لصاحب
النهر حريماً لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد أحدهما معناه
ليس لأحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع
الخلاف فأما إذا كان لأحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى به لأنه
صاحب يد ولو كان عليه غرس ولا يدري من غرسه فهو من مواضع الخلاف
وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب
النهر وأما إلقاء الطين فقد قيل إنه على الخلاف وقيل إن لصاحب النهر
ذلك ما لم يفحش وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع
للضرورة قال الفقيه أبو جعفر آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في إلقاء
الطين ثم عند أبي يوسف رحمه الله أن حريمه نصف بطن النهر من كل جانب
وهذا أرفق بالناس **فصول** في مسائل الشرب **فصل في المياه** وإذا
كان لرجل بئر أو نهر أو قناة فليس له أن يمنع من ذلك شيئاً من الشفة والشفة
هو شرب لبني آدم والبهائم **اعلم** أن المياه أربعة أنواع منها ماء البحار والكل
واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الأراضي حتى أن من أراد أن يكري نهراً
منها إلى أرضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس
والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أي وجه شاء والثاني
ماء الأودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس

للناس فيه حق الشفة على الإطلاق وحق سقي الأراضي فإن أحيى واحد
أرضاً ميتة وكرى منه نهراً ليسقيها إن كان لا يضر بالعامة ولا يكون
النهر في ملك أحد فله ذلك لأنها مباحة في الأصل إذ قهر الماء يدفع قهر غيره
وإن كان يضر بالعامة فليس له ذلك لأن دفع الضرر عنهم واجب وذلك في
أن يميل الماء إلى هذا الجانب إذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والأراضي
وعلى هذا نصب الرحى عليه لأن شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث إذا دخل
الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت فيه والأصل فيه قوله عليه السلام
الناس شركاء في ثلث في الماء والكلاء والنار وإنه ينتظم الشرب والشرب
خص منه الأول وبقي الثاني وهو الشفة ولأن البئر ونحوها ما وضعت
للإحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي إذا تكنس في أرضه ولأن
في إبقاء الشفة ضرورة لأن الإنسان لا يمكنه استصحاب الماء إلى كل مكان
وهو محتاج إليه لنفسه وظهره فلو منع عنه أفضى إلى حرج عظيم وهو
مرفوع فإن أراد رجل أن يسقي بذلك أرضاً أحياها كان لأهل النهر أن
يمنعوه عنه أضر بهم أو لم يضر لأنه حق خاص لهم ولا ضرورة ولأنا لو
أبحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الأواني
فإنه صار مملوكاً له بالإحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ
إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظراً إلى الدليل وهو ما روينا حتى لو
سرقه أحد في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصاباً لم يقطع يده
ولو كان النهر أو الحوض أو البئر أو العين في ملك رجل له أن يمنع
من الشفة من يدخل في ملكه إذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء
في غير ملك أحد وإن كان لا يجد يقال لصاحب النهر إما أن تعطيه الشفة
أو تتركه أن يأخذ الشفة بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته وهذا عن
الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما إذا احتفر في أرض مملوكة له أما إذا

احتفرها في ارض موات فليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء
حق مشترك فلا ينقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه
فظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة
والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير
السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البئر
ونحوه الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصي لانه ارتكب معصية فقام
ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان يأتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا
وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه
لان الابل لا يردها في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة
الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت
حقه ولهم ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر
بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي
شجرا او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون
فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر
هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى
دخل في المقاسم انقطع شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه
ولان المسيل هو صاحب النهر والضيعة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل
فيه ولا شق الضيعة فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا باس به
لانه حقه ويجري فيه الاباحة كالماء المحرز في انائه **فصل في كري الانهار**
الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات
ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل
ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه
فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فيكون

فيكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات
لان الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء يجبر الامام
الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال
عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل
مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله
لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن
ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الابي
خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق
وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الابي والا فلا لانه امر
موهوم بخلاف الكري فانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه
فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الابي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل
واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الابي با انفقوا
فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر
لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم
من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب
الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى التسييل ما فضل من الماء فيه وله
ان المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا
يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على
سطح احد كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه
اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي
عن محمد رحمه الله والاول اصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة من اعلاه
ومن اسفله فاذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل

لأن يفتح الماء ليسقي أرضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم
يفرغ شركاؤه نفيًا للاختصاص وليس على أهل الشفة من الكري شيء
لأنهم لا يحصون ولأنهم أتباع **فصل في الدعوى والاختلاف**
والتصرف فيه ويصح دعوى الشرب من غير أرض استحسانًا لأنه قد يملك
بدون الأرض إرثًا وقد يباع الأرض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح
به الدعوى وإذا كان نهر لرجل يجري في أرض غيره فأراد صاحب الأرض أن لا يجري
النهر في أرضه ترك على حاله لأنه مستعمل له بإجراء مائه فعند الاختلاف
يكون القول قوله فإن لم يكن في يده ولم يكن جاريًا فعليه البينة أن هذا النهر له أو أنه
كان له مجراه في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها فيقضى له لإثباته بالحجة
ملكًا له أو حقًا مستحقًا فيه وعلى هذا المصب وعلى سطح أو الميزاب أو الممشى
في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب وإذا كان نهر بين قوم واختصموا
في الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم لأن المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر
بقدره بخلاف الطريق لأن المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة
على صفة واحدة فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه
من إبطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل واحد منهم
في نوبته جاز لأن الحق لهم إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر
من النهر من غير تراض لكونه إضرارًا بهم وليس لأحدهم أن يكري منه نهرًا أو ينصب عليه
رحى إلا برضاء أصحابه لأن فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء
إلا أن يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها لأنه
تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر
ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه قال والدالية والسانية
نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرًا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف
ما إذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه

ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرًا مستوثقًا فأراد أن ينقض ذلك
ولا يزيد ذلك في أخذ الماء حيث يكون له ذلك لأنه يتصرف في خالص ملكه وضعًا
ورفعًا ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ويمنع من أن يوسع فم النهر لأنه يكسر
ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وكذا إذا كانت القسمة بالكوى
وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه لاحتباس
الماء فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها
حيث يكون له ذلك في الصحيح لأن قسمة الماء في الأصل باعتبار سعة
الكوة وضيقها من غير اعتبار الترفع والتسفل وهو العادة فلم يكن فيه
تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم
أن يقسم بالأيام ليس له ذلك لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه
ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة
وإن كان لا يضر بأهله لأن الشركة خاصة بخلاف ما إذا كانت الكوى
في النهر الأعظم لأن لكل واحد منهم أن يشق نهرًا منه ابتداء فكان له
أن يزيد في الكوى بالطريق الأولى وليس لأحد من الشركاء في النهر
أن يسوق منه شربه إلى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب لأنه إذا تقادم
العهد يستدل به على أنه حقه وكذا إذا أراد أن يسوق شربه في أرضه
الأولى حتى ينتهي إلى هذه الأرض الأخرى لأنه يستوفي زيادة على حقه
إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الأخرى وهو نظير
طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابًا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن
هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر
الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعًا لفيض الماء عن أرضه كيلا
تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا إذا أراد أن يقسم النهر مناصفة
بينهما لأن القسمة بالكوى تقدمت إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما وبعد

الذي عني لصاحبه لا يسفل ان ينقض ذلك وكذا لو هدمه من بعده لانه اعادة الشرب
فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه
بخلاف البيع والهبة والوصية والصدقة حيث لا يجوز هذه العقود اما للجهالة
او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت
العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر
المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة
ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب
في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته وكيف يصنع
الامام به فالاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعها باذن صاحبها ثم ينظر
الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد
ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم يضم الشرب اليها ويبيعها
فيصرف الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل
ارضه او مخرها ماء اي ملاها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت
ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه

كتاب الاشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة
الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب
اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير رحمه الله ونقيع التمر
وهو السكر ونقيع الزبيب اذا غلى واشتد اما الخمر فالكلام فيها في عشرة
مواضع احدها في بيان مائيتها وهي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا
وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس
هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام
الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة
العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل

اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة
الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل
على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من الظهور ثم
هو خاص بالنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول
طعن فيه يحيى بن معين والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب
الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في
الكتاب قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد ولا يشترط
القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو
المؤثر في الفساد ولابي حنيفة ان الغليان بداية الاشتداد وكماله بقذف الزبد
وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فيناط
بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة
الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول
بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر
منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر
لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد
جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وانعقد عليه حرم
الخمر وانعقد عليه اجماع الامة ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من
خواص الخمر ولهذا يزداد لشاربها اللذة بالاستكثار منه بخلاف
ساير المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى ساير
المسكرات والشافعي رحمه الله يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف
للسنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في
الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل
القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل

القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها
وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر
بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها
واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتضن
بها ومن كان له على مسلم دين فاوفاه من ثمن خمر لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون
ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا
فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم
الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع
بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع
به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام
من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم
القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة وتقديره
ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة
لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد
بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه
خلاف الشافعي رحمه الله وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام
في الخمر واما العصير اذا طبخ فذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة
ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا
اذا غلى واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد
على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه
مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق
فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء
من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح

مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو
بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة ويدل عليه ما رويناه من قبل والآية محمولة
على الابتداء وكانت الاشربة كلها مباحة وقيل اراد به التوبيخ معناه والله
اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو
النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا غلى واشتد ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي
وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا
يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية
ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها
خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية
واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما
فيها لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف
الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه
لكونها محرمة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب
بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال في الجامع الصغير رحمه الله وما
سوى ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا هذا الجواب على العموم والبيان
لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل
والذرة حلال عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يحد شاربه عنده
وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله
بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رحمه الله انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه
ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا
وكان ابو يوسف رحمه الله يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة
ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله
وقوله الاول مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام الا انه تفرد

بهذا الشرط ومعنى قوله بلغ اي يغلي ويشتد ومعنى قوله لا ينفد لا يحمض
ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان
آية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة رحمه الله
يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم
السكر منه على ما نذكره وابو يوسف رحمه الله رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله
فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر
والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب
منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي رحمهما الله حرام والكلام
فيه كالكلام في المثلث العنبي وسنذكره ان شاء الله قال ولا بأس
بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي
الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة
وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع
الزبيب وهو النيء منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر
والزبيب وبين الزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة
وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة
والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
اذا كان من غير لهو ولا طرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين
واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل
يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب
لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب
اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا الاصح انه
يحد فانه روي عن محمد رحمه الله فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير

من غير تفصيل وهذا لان الفسقة يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على
سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على
هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة رحمه الله
اعتبارا بلحمها اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهته لما في اباحته
من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال وعصير العنب
اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمة الله عليهما وقال محمد ومالك والشافعي رحمهم الله حرام وهذا
الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق
وعن محمد رحمه الله مثل قولهما وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة
قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام
ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر
يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره سواء كالخمر ولهما قوله عليه السلام
حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص
السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح
المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته
ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه
غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو
محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء
بعد ثلثيه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء
لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب
ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب
ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم عصر يكتفي بادنى طبخة في رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو

الا صح لان العصير قائم فيه من غير نقصان فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ
بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان
كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر
جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا
ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمرا او زبيبا ان كان
ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ من مثله النبيذ لا بأس به وان كان
يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى
فيه تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد
في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل
لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال ولا بأس بالانتباذ في الدباء
والحنتم والمزفت والنقير لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر
هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه
ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما
ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان
جديدا لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي
يوسف رحمه الله يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر
بالعصر وقيل عند ابي يوسف رحمه الله يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج
الماء صافيا غير متغير حكم بطهارته قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت
خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي رحمه الله
يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه
قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له
ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه
ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد

المفسد فتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي
به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه
وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى
لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار
الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر
قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل
من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملأ خلا يطهر في الحال
على ما قالوا قال ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر
والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي به جرحا او دبرة دابة
ولا ان يسقى صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها
الدواب وقيل لا يحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به
كما في الكلب والميتة ولو القي الدردي في الخل فلا بأس به لانه يصير
خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا قال ولا يحد شاربه اي
شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي رحمه الله يحد لانه شرب جزءا
من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان
ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه
الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر
وكذا اقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب
وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها به ولا يحد ما لم يسكر
منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير الاصل فيه ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه
بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه
عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد طبخ الباقي حتى

تذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو
العصير او ما يا ذهبه وانما ما كان حيث كان العصير تسعة فيكون ثلثها
ثلاثة واصل اخر هذا ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه
ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب
مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء
والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة
حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث
الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير
بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دوارق من ماء ففي الوجه
الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب
ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان
يصير محرما ولو قطعت عنه النار فغلي حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار
واصل اخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه ثم يطبخ
البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تاخذ ثلث الجميع فتضربه في
الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما طبخ قبل ان ينصب منه
شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب
منه رطل ثم اهريق منه ثلثة ارطال تاخذ ثلث العصير كله وهو ثلثة ارطال
وثلث فتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين
على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة
فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان
وتسعان وعلى هذا تخريج المسائل ولها طريق اخر وفيما ذكرناه كفاية
وهداية الى تخريج غيرها من المسائل **كتاب الصيد** قال الصيد الاصطياد
ويطلق على ما يصطاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا

ذهاب

واذا حللتم فاصطادوا ولقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما
ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت
اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسك على نفسه
وان شارك كلبك كلب اخر فلا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على
كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع
بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف
فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما
في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي **فصل في الجوارح**
قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة
وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب
من الطيور فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكوته
والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب
في تاويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا
من حديث عدي واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي
يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان
لغيرهما فالاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحداة لخساسته
والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم
لان ما تلونا من النص ينطق باشتراطه والحديث به وبالارسال ولانه
انما يصير الة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال
وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم البازي ان يرجع الى صاحبه
ويجيب اذا دعاه وهو ماثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن
البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان اية التعليم
ترك ما هو مالوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة اية

تعليمه أما الكلب فمن أَلوفٌ يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما ألوفه وهو الاستلاب وذلك بترك الأكل ثم شرط ترك الأكل ثلثاً وهذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة أو مرتين شبعاً فإذا تركه ثلثاً على أنه صار عادة له وهذا لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار وإبلاء الأعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الأخيار ولأن الكثير هو الذي يقع أمارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير الذي يقع أمارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وأدناه الثلاث فقدرناها وعند أبي حنيفة رحمه الله على ما ذكر في الأصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلم ولا يقدر بالثلاث لأن المقادير لا تعرف اجتهاداً بل نصاً وسماعاً ولا سمع فيفوض إلى رأي المبتلى به كما هو أصله في جنسها وعلى الرواية الأولى عنده يحل ما اصطاده ثالثاً وعندهما لا يحل لأنه إنما يصير معلماً بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله أنه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لأن الإذن إعلام فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال وإذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذكر اسم الله عند إرساله فأخذ الصيد وجرحه فمات حل أكله لما روينا من حديث عدي ولأن الكلب والبازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة إلا باستعمال وذلك فيهما بالإرسال فنزل منزلة الرمي وإمرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركها ناسياً حل أيضاً على ما بيناه في الذبائح وحرمة متروك التسمية عامداً في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكوة الاضطرارية وهي الجرح في أي موضع كان من البدن بانتسابه إما وجد من الآلة إليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير إلى اشتراط الجرح إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويله فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي بين

بين التأويلين وفيه أخذ باليقين وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يشترط رجوعاً إلى التأويل الأول وجوابه ما ذكرناه قال فإن أكل منه الكلب والفهد لم يؤكل وإن أكل منه البازي أكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي وهو حجة على مالك والشافعي رحمهما الله عليهما في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه ولو أنه صاد صيوداً ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لم يؤكل هذا الصيد لأنه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلماً على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منه لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بعد يثبت فيه الحرمة بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافاً لهما هما يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لأن الحرفة قد تنسى ولأن فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لأن المقصود قد حصل بالأول بخلاف غير المحرز لأنه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيداً من وجه لعدم الإحراز فحرمناه احتياطاً وله أنه آية جهله من الابتداء لأن الحرفة لا ينسى أصلها فإذا أكل تبين أنه كان ترك الأكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لأنه بالأكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو أن صقراً فر من صاحبه فمكث حيناً ثم صاد لا يؤكل صيده لأنه ترك ما صار به عالماً فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من صيده لأنه ترك ما صار به عالماً فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من صيده ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل لأنه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة فألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي لأنه لم يبق صيداً فصار كما إذا ألقى إليه طعاماً غيره وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه لأنه ما أكل من الصيد

ولشرط ترك الاكل في الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك
قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيد فلو نهس الصيد فقطع منه
بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب
جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم ياكل منه
واخذه صاحبه ثم مر على تلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من
نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه
اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلاً
ممسكاً لنفسه ولان نهس البضعة قد يكون لياكلها وقد يكون حيلة في
الاصطياد لان يضعفه بقطع البضعة منه فيدركه فالاكل قبل
الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل
على جهله قال فان ادرك المرسل الصيد حياً وجب عليه ان يذكيه وان ترك
تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم يثبت قبل موته
فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه
وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي
حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله انه يحل وبه قال الشافعي رحمه الله
لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال
ووجه الظاهر انه قدر اعتباراً لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام
التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون
فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على
ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت
حكماً الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت
والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلاً وهو انه ان لم يتمكن لفقد

لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله
لانه اذا وقع في يده لم يبق صيداً فبطل حكم ذكوة الاضطرار وهذا اذا كان
يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل
لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعدما
ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يؤكل ايضاً
لانه وقع في يده حياً فلا يحل الا بذكوة الاختيار رداً الى المتردية على
ما نذكره ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه
ذكاه حل اكله عنده وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر
الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما
ذكيتم استثناء مطلقاً من غير فصل وعند ابي يوسف رحمه الله اذا كان
بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح قال محمد رحمه الله تعالى
ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر
بهذه الحياة على ما قررناه ولو ادركه ولم ياخذه فان كان في وقت لو اخذه
امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه فان كان لا يمكنه
ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه
حل لانه ان كان فيه حياة مستقرة فالذكوة وقعت موقعها بالاجماع وان
لم يكن فيه حياة مستقرة فعند ابي حنيفة رحمه الله ذكوته الذبح على ما
ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد
واخذ غيره حل وقال مالك رحمه الله لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال
مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد
اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه لا ياخذ الا ما عينه
فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال
فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال

على ما بيناه ولهذا يشترط التسمية عنده ولكل فعل واحد فتكفيه تسمية
واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة
بفعل غير الفعل الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما فوق الاخرى
فذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة قال ومن ارسل فهدا فكمن حتى استمكن
ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا
يقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله وآخر معه
وقد ارسله صاحبه اكل جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى
سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار
ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن
حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه
المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا
اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكين كما بيناه
في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان
ام لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا يثبت الاباحة بدونه قال
وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية
على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رحمه الله انه
اذا كسر عضوا منه فقتله لا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة
الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل
ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي
او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا من حديث عدي
ولانه اجتمع المحرم والمبيح فيغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا ولو رده الكلب
الثاني عليه ولم يجرح معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة
في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه

بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا يتحقق
المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب
الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه
وقتله لا بأس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد
به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف
ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال واذا ارسل المسلم
كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده والمراد بالزجر الاغراء
بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل
يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال
لكونه بناء عليه قال ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان
الزجر دون الارسال ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت
به الحل وكل من لا يجوز ذكاته كالمحرم والمرتد وتارك التسمية عامدا في هذا
بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس
باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه وان كان دونه من حيث انه بناء عليه
فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل
المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا
ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد
الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا
فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما بينا والملك للاول لانه اخرجه عن حد الصيد
ية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الحرمة الاباحة حالة
الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان ارسال الثاني بعد الخروج عن
الصيدية بجرح الكلب الاول **فصل في الرمي** ومن سمع حسا فظنه حس
صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد

حل المصاب أي صيد كان لأنه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى
أنه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم ألا ترى أنه لا يثبت الإباحة
في شيء منه بخلاف السباع لأنه يؤثر في جلدها وعن زفر رحمه الله
منها ما لا يؤكل لحمه لأن الإرسال فيه ليس للإباحة ووجه الظاهر
أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل
مباح في نفسه وإباحة التناول ترجع إلى المحل فتثبت بقدر ما يقبله
المحل لحما وجلدا وقد لا تثبت إذا لم يقبله وإذا وقع اصطيادا
صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره وإن تبين أنه حس آدمي أو حيوان
أهلي لا يحل المصاب لأن الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي
يأوي البيوت أهلي والظبي المستأنس بمنزلة الشاة لما بينا ولو رمى
إلى طائر فأصاب صيدا وفر الطائر ولا يدري أنه وحشي أو غيره حل
الصيد لأن الظاهر فيه التوحش ولو رمى إلى بعير فأصاب صيدا ولا يدري
ناد هو أم لا لا يحل الصيد لأن الأصل فيه الاستئناس ولو رمى
إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا حل في رواية عن أبي يوسف رح
لأنه صيد وفي رواية عنه لا يحل لأنه لا ذكاة فيهما ولو أصاب
المسموع حسه وقد ظنه آدميا فإذا هو صيد يحل لأنه لا معتبر
بظنه مع تعينه وإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم
الصيد فمات لأنه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فيشترط التسمية
عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق
معنى الذكاة على ما بيناه قال فإن أدركه حيا ذكاه وقد ذكرناه بوجوهها
والأقوال فيها في الفصل الأول فلا نعيده قال وإذا وقع السهم بالصيد
فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه أكل وإن قعد عن طلبه
ثم أصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام أنه كره أكل الصيد

صيد غاب عن الرامي وقال لعل هوام الأرض قتلته ولأن احتمال الموت
بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لأن الموهوم في هذا كالمتحقق
إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى
الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار
يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك في قوله إن ما توارى
عنه إذا لم يبت يحل فإذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى
جراحة سهمه لا يحل لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما
بخلاف وهم الهوام والجواب في إرسال الكلب في هذا كالجواب في
الرمي في جميع ما ذكرناه قال وإذا رمى صيدا فوقع في الماء أو على سطح
أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض لم يؤكل لأنه المتردية وأنها حرام
بالنص لأنه احتمل الموت بغير الرمي إذ الماء مهلك وكذا السقوط من
عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي وإن وقعت رميتك في الماء
فلا تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك وإن وقع على الأرض
كما ذكرناه أو على ما هو معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة
أو صخرة فاستقر عليها لأن وقوعه عليها وعلى الأرض سواء وذكر في
المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب
آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروي في الأصل على غير حالة
الانشقاق وحمله شمس الأئمة السرخسي رحمه الله على ما إذا أصابه حد
الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الأصل على أنه لم يصبه
من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا
أصح وإن كان الطير مائيا فإن كانت الجراحة لم تنغمس في الماء أكل وإن
انغمست لم يؤكل كما إذا وقع في الماء قال وما أصاب المعراض بعرضه
لم يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما أصاب بحده فكل وما أصاب

بعرضه فلا تأكل فقتله لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه
قال ولا يؤكل ما اصابته البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار
كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك اذا رماه بحجر وكذلك ان جرحه قالوا تأويله اذا
كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل
لتعين الموت بالجرح وان كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة
فانه يحل لانه قتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم يبضع بضعا لا يحل لانه
قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان رأسه او قطع اوداجه لان العروق
قد تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك
او لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل
لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ
لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت
اذا كان مضافا الى الثقل كان حراما وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح
او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده
فجرحه حل وان اصابه بقفاء السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله
دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه فمات بالجرح ان كان
الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين
سواء كانت الجراحة كبيرة او صغيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ
او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم
وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل
بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل
منها الدم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصاب
السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما
ذكرناه قال واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل

ولا يؤكل العضو وقال الشافعي رحمه الله اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان
بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الرأس بذكاة الاختيار
بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما ابين من
الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو
المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما
لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع
في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه
لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة
فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان
من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان
يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حياة صورة لا حكما
ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا
يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه
مما يلي القوائم او اقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم
بقاء الحياة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي
العجز او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان
منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث
وان تناول السمك وما ابين منه ميتا الا ان ميتته حلال بالحديث
الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها حلت لقطع الاوداج
ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفاء ان مات
قبل قطع الاوداج لا تحل وان لم يمت حتى قطعت الاوداج حلت
ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتئام
والاندمال فاذا مات حل لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم

بأن يبقى متعلقاً بجلده حل ما سواه لوجود الإبانة فيه معنى والعبرة للمعاني قال
ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لأنهم ليسوا من أهل الذكاة على ما بيناه
في الذبائح ولا بد منها في إباحة الصيد بخلاف اليهودي والنصراني لأنه من أهل
الذكاة اختياراً فكذا اضطراراً قال ومن رمى صيداً فأصابه ولم يثخنه
ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل لأنه
هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن أخذه فإن كان الأول
أثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للأول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني
وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الأول
وهذا إذا كانت الرمية الأولى بحال ينجو منها الصيد لأنه حينئذ يكون
الموت مضافاً إلى الرمي الثاني أما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه
الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح كما إذا أبان
منه رأسه يحل لأن الموت لا يضاف إلى الرمي الثاني لأن وجوده وعدمه
بمنزلة وإن كانت الرمية الأولى بحال لا يعيش منها الصيد إلا أنه يبقى
فيه من الحياة أكثر ما يكون بعد الذبح بأن كان يعيش يوماً أو دونه فعلى
قول أبي يوسف رحمه الله لا يحرم بالرمية الثانية لأن هذا القدر
من الحياة لا عبرة به عنده وعند محمد رحمه الله لأن هذا القدر من الحياة
أكثر ما يكون بعد الذبح بأن كان يعيش يوماً أو دونه فعلى قول أبي يوسف
لا يحرم بالرمية الثانية لأن هذا القدر من الحياة لا عبرة به عنده
وعند محمد رحمه الله يحرم لأن هذا القدر من الحياة معتبر عنده
على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما إذا كان الأول
بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل قال والثاني ضامن لقيمته للأول
غير ما نقصته جراحته لأنه بالرمي أتلف صيداً مملوكاً له لأنه ملكه بالرمي
المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف قال

قال رحمه الله تأويله إذا علم أن القتل حصل بالثاني بأن كان الأول بحال
يجوز أن يسلم الصيد منه ظاهراً والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون
القتل كله مضافاً إلى الثاني وقد قتل حيواناً مملوكاً للأول منقوصاً
بجراحته فلا يضمنه كملاً كما إذا قتل عبداً مريضاً فإن علم أن الموت حصل
من الجراحتين أو لا يدرى قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته
ثم يضمن نصف قيمة لحمه أما الأول فلأنه جرح حيواناً مملوكاً للغير
وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولاً وأما الثاني فلأن الموت حصل
بالجراحتين فيكون هو متلفاً نصفه وهو مملوك للغير فيضمن نصف
قيمته مجروحاً بالجراحتين لأن الأولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها
مرة فلا يضمنها ثانياً فإنه لا يحل لأن الثاني محرم كذا هذا قال ويجوز
اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لإطلاق ما تلوناه
والصيد لا يختص بمأكول اللحم قال فأما صيد الملوك أرانب وثعالب
وإذا ذكيت فصيدها لا لإبطال ولأن صيده سبب الانتفاع بجلده
أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع **كتاب الرهن**
الرهن في اللغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوساً
بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان
مقبوضة ولما روي أنه عليه السلام اشترى من يهودي طعاماً ورهنه
بها درعه وقد انعقد على ذلك الإجماع ولأنه عقد وثيقة لجانب
الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في جانب الوجوب وهي الكفالة قال
الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الإيجاب
بمجرده لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض
شرط اللزوم على ما نبينه وقال مالك رحمه الله إنه يلزم بنفس العقد
لأنه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولأنه عقد وثيقة فأشبه



الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد
به الأمر ولأنه عقد تبرع لأن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن
شيئاً ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من إمضائه كما في الوصية وذلك بالقبض
ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لأنه قبض بحكم عقد شرعي فأشبه
قبض المبيع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل
لأنه قبض موجب للضمان ابتداءً بمنزلة الغصب بخلاف الشراء
لأنه ناقل للضمان من البائع إلى المشتري وليس بموجب ابتداءً والأول
أصح قال وإذا قبضه المرتهن محوزاً مفرغاً متميزاً تم العقد فيه
لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار
إن شاء سلمه وإن شاء رجع عن الراهن لما ذكرنا أن اللزوم بالقبض
إذ المقصود لا يحصل قبله قال وإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه
وقال الشافعي رحمه الله هو أمانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه
لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثاً لصاحبه غنمه وعليه
غرمه قال ومعناه لا يصير مضموناً بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين
فبهلاكه لا يسقط الدين اعتباراً بهلاك الصك وهذا لأن الوثيقة بعدم
يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد
إذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه السلام للمرتهن
بعدما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام إذا عمي
الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما
هلك وإجماع الصحابة والتابعين على أن الرهن مضمون مع اختلافهم
في كيفيته فالقول بالأمانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام
لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بأن يصير مملوكاً له كذا ذكره
الكرخي رحمه الله عن السلف ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد

اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون
عاجزاً عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره فإذا
كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه
ثانياً يؤدي إلى الربوا بخلاف حالة القيام لأنه ينقض هذا الاستيفاء
بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه إلى استيفاء الباقي بدونه لأنه
لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت
نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن
لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن لأن العين أمانة فلا ينوب
عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق
الصيانة وإن كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل
أن عندنا حكم الرهن صيرورته محتبساً بدينه بإثبات يد الاستيفاء
عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاءً منه عيناً بالبيع فيخرج
على الأصلين هذين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها
في كفاية المنتهى جملة منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع
لأنه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه
لأنه لا ينافي موجبه وهو تعيينه للبيع وسيأتيك البواقي إن شاء الله
تعالى ولا يصح الرهن إلا بدين لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء ولا استيفاء
قبل الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان
المضمونة بأنفسها فإنه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن أن يقال إن الموجب
الأصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو
دين ولهذا يصح الكفالة به ولئن كان لا يجب إلا بعد الهلاك ولكنه
يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض فيكون
رهناً بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا يبطل

الحوالة المقيدة به هلاكه بخلاف الوديعة قال وهو مضمون بالأقل
من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار
المرتهن مستوفيا لدينه حكما فان كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة
لأن المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان كانت
أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لأن الاستيفاء
بقدر المالية وقال زفر رحمه الله الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك وقيمته
يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف يرجع الراهن على المرتهن بخمسمائة
له حديث علي رضي الله عنه يترادان الفضل في الرهن ولأن الزيادة
على الدين مرهونة لكونها محبوسة فتكون مضمونة بقدر الدين ومذهبنا
مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ولأن يد المرتهن يد
الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بقدر المستوفى كما في حقيقة
الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها
ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روي حال البيع فانه روي
عنه رضي الله عنه انه قال المرتهن أمين في الفضل قال وللمرتهن أن
يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لأن حقه باق بعد الرهن والرهن
لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله
عند القاضي يحبسه كما بيناه فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر
باحضار الرهن لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله
مع قيام يد الاستيفاء لأنه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد
المرتهن وهو محتمل واذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين أولا ليتعين حقه
كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع
ثم يسلم الثمن أولا وان طلب الدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه
ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذا الجواب لأن الأماكن كلها في حق

في حق التسليم مكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان
الايفاء في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه
ولا يكلف احضار الرهن لأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية
لا النقل من مكان الى مكان لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط
الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز لاطلاق الأمر
فلو طالب المرتهن باحضار الرهن لا يكلف لأنه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا
أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لأنه صار دينا بالبيع بأمر الراهن
فصار كأن الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام
البدل مقام المبدل ولأن الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لأنه هو العاقد
فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف
لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره
لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل
العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن على
قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لأن القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار
كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن
فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل
ثم جاء المرتهن فطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لأنه لم يؤتمن عليه
حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من
في عياله وغاب فطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول أودعني فلان
فلا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لأن احضار الرهن ليس على
المرتهن لأنه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى
أين هو لما قلنا ولو أن الذي أودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي
لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لأنه لما جحد فقد

توى المال وانتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به
قال وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لانه
حكم الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان
يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه
الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى
مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا
عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب
رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه
ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي
القبض والدين فلو هلك في يده سقط الدين اذا كان وفاء بالدين لبقاء
الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس
الا ان ياذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان
يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يواجر ويعير لانه ليس له ولاية
الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه وان فعل كان متعديا
ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه
وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه
ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة
وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف
وقد بيناه جميع ذلك بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه
ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات
تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال
لانه غير ماذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان
العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه

لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه
لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلثة
فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان
بتقلد سيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم
ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ
فلا يضمن قال واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذا اجرة
الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج
اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل
او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة فيكون اصلاحه
وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في
ماكله ومشربه واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس
كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وتلقيح نخيله وجذاذه
والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد الراهن او لرد جزء منه
فهو على المرتهن مثل اجر الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب
عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن وهذا
في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة
النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الابق فانه على المرتهن
لانه يحتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة
الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء فان كانت قيمة
الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة
في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها
فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها
يجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس

وحق الحبس ثابت له في الكل فاما الجعل فانما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر
بقدر المضمون ومداواة الجروح والقروح ومعالجة الامراض والفداء
من الجناية تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه
من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين
ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق
وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما
مما يجب على الآخر بامر القاضي يرجع عليه كان صاحبه امر به لان ولاية القاضي
عامة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان
بامر القاضي وقال ابو يوسف رحمه الله يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة
الحجر والله تعالى اعلم **باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز**
الارتهان به قال رضي الله عنه لا يجوز رهن المشاع عندنا
وقال الشافعي رحمه الله يجوز ولنا فيه وجهان احدهما يبتني على حكم
الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما تناوله
العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه
للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا
بالنص وبالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل
ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه
في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك
يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما لا يحتمل القسمة وفيما يحتمل القسمة
بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة
القسمة وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم
ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا
يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني

الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما
لا والشيوع الطاري يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء وجه الاول ان
الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية
في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك والاعتبار
القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة
البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض
الرهن قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض
بدون الارض ولا رهن النخيل في الارض دون الارض لان المرهون
متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض
دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين
فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا
يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رحمه الله ان رهن الارض بدون
الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها
بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا
جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز
لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه
تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخل
بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره بخلاف المتاع في الدار حيث
لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل
الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمر
ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا
ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز

ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهناً بحصته والا بطل كله لان الرهن حصل
كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة
وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها
فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث
يكون رهناً تاماً اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن
متاعاً في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجاً على
دابة او لجاماً في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهناً
حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى
قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع
والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون
فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضموناً ويتحقق استيفاء الدين منه
وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لان الضمان
ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئاً لكنه يسقط الثمن
وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو ان
يكون مضموناً بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر
وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائماً
وجب تسليمه وان كان هالكاً يجب قيمته فكان رهناً بما هو مضمون فيصح
قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق ان الرهن
للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان في
المستقبل لا يجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة والالتزام الافعال
يصح مضافاً الى المال كما في الصوم والصلوة ولهذا يصح الكفالة بما ذاب
له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده
يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلاً بخلاف الرهن بالدين الموعود

الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد
المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار
الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى
له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال ويصح الرهن برأس مال
السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حكمه الاستيفاء
وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود وقلنا
ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون
على ما مر قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه مضمون بنفسه فان هلك
ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضاً باذنه فان هلك الرهن
بثمن الصرف او رأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن
مستوفياً لتحقق القبض حكماً وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات
القبض حقيقة وحكماً وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه
معناه انه يصير مستوفياً للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم
وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهناً برأس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار
كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهناً بقيمته ولو هلك الرهن بعد
التفاسخ يهلك بالطعام فيه وان كان محبوساً بغيره لمن باع عبداً
وسلم المبيع واخذ بالثمن رهناً ثم تقايلا البيع المسلم له ان يحبسه لاخذ
المبيع لان الثمن بدله وهلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى
عبداً شراء فاسداً وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك
المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته فكذا هذا قال ولا يجوز رهن الحر
والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا
يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في
الباقين ولا يجوز بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونه

لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان الاستيفاء
من الرهن ممكن ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري
ولا بالعبد الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك
لا يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا
لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه
من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن
اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن
ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما
بينهم لانها مال في حقهم واما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنه
وارتهانه فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى عبدا ورهن
بثمنه او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا او الخل خمرا والشاة
ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل
عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية
وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه عبدا رهنا ثم تصادقا
ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف رحمه الله خلافه وكذا قياسه
فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه
الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام
المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة
تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بيناه وعن ابي يوسف
وزفر رحمهما الله انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة
الايفاء وجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة
الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب
حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير

المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب او الوصي موفيا
له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلط المرتهن على
بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا اصل هذه المسألة البيع
فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة
ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله لا تقع المقاصة
والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن
الاب متاع الصبي من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه
جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته
مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى
طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين او رهن عينا
له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى
طرفي العقد في الرهن كما لا يتولى في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل
عن الحقيقة في حقه الحاقا بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي
ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده
الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من
هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان
الوصي لليتيم في كسوته وطعامه ورهن به متاعا لليتيم جاز
لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك
لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال
اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء
واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن
ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب
بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب

رهنه لنفسه فقضاء الدين وجميع ما في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته
الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان
الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين
على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك
للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد
اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم
في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في
يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه
بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصغير والحكم فيه هذا على ما بيناه
ان شاء الله تعالى قال والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع به
عليه لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره
لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال
في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله في حاجة
نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن
بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي
به الدين ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا
يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا
قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى
الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير ولو كانت
قيمته اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان
لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون
رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب فيه على التفصيل الذي فصلناه
فلو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق

المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد
وكذلك اذا اخذه لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب
الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتحقق
غصبه لما ان له ولاية الاخذ واذا هلك في يده يضمنه للمرتهن ان
يأخذه بدينه ان كان قد حل فيرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد
بل هو عامل له فان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين
يأخذ دينه منه ويرجع الوصي به على الصبي بذلك لما بينا قال ويجوز رهن
الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه
فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا
في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون
القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه
وفي الجامع الصغير رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال
رضي الله عنه معناه ان تكون قيمته مثل وزنه او اكثر هذا الجواب
في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما
باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير
بقدر الدين مستوفيا وان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور
لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن
ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربا فصرنا الى التضمين بخلاف
الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة
العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد
بالرديء جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع
ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد

لأنه مطالب ومطالب وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر
التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما إذا استوفى الزيوف
مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير أن البناء لا يصح
على ما هو المشهور لأن محمدا رحمه الله فيها مع أبي حنيفة رحمه الله وفي
هذا مع أبي يوسف رحمه الله والفرق لمحمد رحمه الله أن قبض الزيوف
ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض
الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عنده بالتضمين
ولو انكسر الإبريق ففي الوجه الأول وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمة الله عليهما لا يجبر على الفكاك لأنه لا وجه
إلى أن يذهب شيء من الدين لأنه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد
ولا إلى أن يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه إن شاء افتكه بما فيه
وإن شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه فيكون رهنا عند المرتهن
والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد رحمه الله إن شاء افتكه ناقصا
وإن شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا
لأنه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي
مضمون بالدين بالإجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء
عند الهلاك بالمالية وطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة
وفي جعله بالدين إغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة
أولى وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية
يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو رديا من جنسه ويكون رهنا عنده
وهذا بالاتفاق عندهما ظاهر وكذا عند محمد رحمه الله لأنه يعتبر
حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني
وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثني عشر يضمن عند أبي حنيفة قيمته

قيمته ويكون رهنا عنده لأن العبرة للوزن لا للجودة والرداءة فإن كان
باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وإن كان بعضه فبعضه
وهذا لأن الجودة تابعة للذات ومتى صار الأصل مضمونا استحال
أن يكون التابع أمانة وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن خمسة أسداس
قيمته ويكون خمسة أسداس الإبريق له بالضمان وسدسه يفرز
حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة أسداس المكسور رهنا
فعنده يعتبر الجودة والرداءة ويجعل زيادة القيمة كزيادة
الوزن كأن وزنه اثنا عشر وهذا لأن الجودة متقومة في ذاتها
حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وإن كانت
لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فأمكن اعتبارها وفي بيان اقول
قول محمد رحمه الله نوع طول يعرف في موضعه في المبسوط والزيادات
مع جميع شعبها قال ومن باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيئا بعينه
جاز استحسانا وفي القياس أن لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان
إذا باع على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس
أنه صفقة في صفقة وهي منهي عنه ولأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لأحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان أنه شرط ملائم
للعقد لأن الكفالة والرهن للاستيثاق وأنه يلائم الوجوب فإذا كان
الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم
فصح العقد وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا
حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه
فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري
عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر رحمه الله يجبر لأن الرهن إذا
شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه

بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر
على المتبرع ولكن البائع بالخيار إن شاء رضي بترك الرهن وإن شاء فسخ
البيع لأنه وصف مرغوب فيه وما رضي إلا به فيتخير بفواته إلا أن يدفع
المشتري الثمن حالا لحصول المقصود أو يدفع قيمة الرهن رهنا لأن يد
الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة قال ومن اشترى ثوبا بدراهم
فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لأنه
أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الإعطاء والعبرة في
العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة
في ضده الكفالة وقال زفر رحمه الله لا يكون رهنا ومثله عن أبي يوسف
رحمه الله لأن قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الإيداع والثاني أقلهما فيقضى
بثبوته بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بمالك لأنه لما قابله بالدين فقد
عين جهة الرهن قلنا لما مده إلى الإعطاء علم أن مراده الرهن والله أعلم

فصل قال ومن رهن عبدين بألف فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه
حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما
وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة
في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البائع فإن سمى لكل واحد من أعيان
الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الأصل
وفي الزيادات له أن يقبضه إذا أدى ما سمى له وجه الأول أن العقد
متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع ووجه الثاني أنه لا حاجة إلى
الاتحاد لأن أحد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر ألا يرى أنه لو قبل
الرهن في أحدهما جاز فإن رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد
منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لأن الرهن أضيف إلى جميع
العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا

محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل
واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله
فإن تهايئا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر قال والمضمون
على كل واحد منهما حصته لأن عند الهلاك يصير كل منهما مستوفيا حصته
إذ الاستيفاء مما يتجزى قال فإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا في يد
الآخر لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس
المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته قال وإن رهن رجلان بدين عليهما
رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن أن يمسكه
حتى يستوفي جميع الدين لأن قبض الرهن يحصل من غير شيوع فإن أقام
الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه
فهو باطل لأن كل واحد منهما أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد ولا وجه إلى
القضاء لكل واحد منهما بالكل لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا
لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا إلى القضاء بكله للواحد لعدم
الأولوية ولا إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لأنه يؤدي إلى الشيوع
فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال إنه يكون رهنا لهما كأنهما ارتهناه
معا إذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان
لأنا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضاه الحجة لأن كلا منهما أثبت ببينته حبسا
يكون وسيلة إلى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة
إلى شطره في الاستيفاء فليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وإن
كان قياسا لكن محمدا أخذ به لقوته وإذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة
لأن الباطل لا حكم له ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما
نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وفي القياس هذا باطل وهو قول أبي يوسف رحمه الله لأن الحبس للاستيفاء

حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن فانه باطل للشيوع
كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه
وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء
بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او
ادعتا اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت في حالة الحياة
ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام **باب الرهن**
يوضع على يد العدل قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل
جاز وقال مالك رحمه الله لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل
يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده
على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده
يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من
الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ
العين كالمودع قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق
الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك
احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لان يده
في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن
ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما
اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي فاذا ضمن العدل قيمته
الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده
لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما
تناف لكن يتفقان على ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره
فان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك
ثم قضى الراهن الدين فقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة

فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن
ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن
فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما في يده ياخذه اذا ادى
الدين فكذا ياخذ ما قام مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل قال
واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين
فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله فان شرطت في عقد الرهن فليس
للراهن ان يعزل الوكيل فان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد
الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا يرى انه لزيادة
الوثيقة فيلزم بلزوم اصله لانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل
اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع
مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه
لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل
بموته لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن
لا يبطل بموته لانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم
وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر
منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لانه لا يبطل بموتهما ولا بموت
احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة
ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث
ولان الموكل رضي برأيه لا برأي غيره وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى
ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب
اذا مات بعد ما صار رأس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه
لازم بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري
فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضا

الراهن لأنه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن أن يبيعه إلا برضاء المرتهن
لأن المرتهن أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال
وإن حل الأجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب
أجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة
وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة للوجه الثاني فإن فيه إتواء
الحق بخلاف الوكيل بالبيع لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه
أما المدعي فلا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه فلو لم يكن التوكيل
مشروطاً في عقد الرهن وإنما شرط بعده قيل لا يجبر اعتباراً للوجه الأول
وقيل يجبر دفعاً إلى الوجه الثاني وهذا أصح وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى
أن الجواب في الفصلين واحد ويؤيده إطلاق الجواب في الجامع الصغير
وفي الأصل وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم
مقامه فكان رهناً وإن لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضاً وإذا
توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون
وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لأن المالك يستحقه من حيث
المالية وإن كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد
الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لأنه قائم مقام الأول لحماً ودماً
قال وإذا باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه
العدل كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته وإن شاء ضمن المرتهن الثمن
الذي أعطاه وليس له أن يضمنه غيره وكشف هذا أن المبيع المرهون إذا
استحق إما أن يكون هالكاً أو قائماً ففي الوجه الأول المستحق بالخيار
إن شاء ضمن الراهن لأنه غاصب في حقه وإن شاء ضمن العدل لأنه
متعد في حقه بالبيع والتسليم فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء
لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمر ببيع ملك نفسه وإن ضمن البايع

البايع ينفذ البيع أيضاً لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه
وإذا ضمن العدل فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيل
من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء
فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن لأنه
تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لأنه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ بيعه
عليه فصار الثمن له وإنما أداه إليه على حسبان أنه ملك الراهن فإذا تبين
أنه ملكه لم يكن راضياً به فله أن يرجع به عليه وإذا رجع بطل الاقتضاء
فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائماً
في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده لأنه وجد عين ماله ثم للمشتري
أن يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا
من حقوقه حيث وجب بالبيع وإنما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل
بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه هو الذي أدخله في العهدة
فيجب عليه تخليصه وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن لأن المقبوض سلم
له وإن شاء رجع على المرتهن لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد
قبضه ثمناً فيجب نقض قبضه ضرورة وإذا رجع عليه انتقض قبضه
عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو أن المشتري سلم إلى
المرتهن لم يرجع على العدل لأنه في البيع عامل للراهن وإنما يرجع عليه
إذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد
الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن
قبض الثمن المرتهن أم لا لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا
يرجع كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من
أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة
في العقد لأنه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه

هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل
على البيع قال وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله
الخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما
متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه
ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما
ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين
فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان
على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان
فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء
قلنا هذا طعن ابي خازم القاضي والجواب عنه ان يرجع عليه بسبب
الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه
وكيل منه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول
لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه
فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي والله اعلم

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به
وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى
بجميع ماله يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم فاذا اجاز
المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه
جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف
الصادر من الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل
حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل
فصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل

الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز
المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن لا سبيل للمشتري
عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله
ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ
له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا
العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز
على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ
لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق
العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا ولو
باع الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني
موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف
الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر
او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول
والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح
تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في
الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه
في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع
فنفذ البيع الاول فوضح الفرق ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ
عتقه وفي بعض اقوال الشافعي رحمه الله لا ينفذ اذا كان في تنفيذه
ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ
على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق
المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا
يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن

المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض او اعتق الآبق والمغصوب
ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وحق المرتهن لا يمنع نفوذه
ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق
العبد المشتري بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لم يمنع
الادنى بطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة
على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء
السعاية عند ابي حنيفة رحمه الله واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات
محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه
لو طولب باداء القيمة يقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان
الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين
لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه
بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته
وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول
الى عين حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج
بالضمان قال رضي الله عنه وتأويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا
كان الدين اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل نذكره ان شاء الله تعالى
ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم
الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي
ضمانا عليه لانه انما يسعى ليحصل العتق عنده وعندهما لتكميله وههنا
يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة
رحمه الله اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار
وفي العبد المرهون بشرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه
ادنى من حقيقة الثابت للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا في حالة

في حالة واحدة اظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه
المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى
والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه في
الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من
الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين
الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال
رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه يجب السعاية عندنا
خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول
اقر بتعلق الحق في حال تملك التعليق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في
حال تملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه
حال انقطاع الولاية قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق
اما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت
امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى
الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا
من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان
الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق
وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان
كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة
لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه
وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان
على المولى بعد يساره لانهما ادياه من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى
ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل اذا كان الدين مؤجلا يسعى
المدبر في قيمته لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر

العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضي به الدين ولو اعتق الراهن المدبر
وقد قضي عليه بالسعاية او لم يقض عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر
القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على
مولاه لانه اداه من مال المولى قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن
لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه
مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ
القيمة فيكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا
في استرداد ما قام مقامه فالواجب على هذا المستهلك قيمته يوم
هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم الرهن الفا غرم
خمسمائة فكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة
الزيادة كانما هلكت بآفة سماوية والمعتبر في ضمان يوم القبض لا يوم الهلاك
لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض لاستيفاء الا انه
يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه
اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل لان الضمان بدل العين
فاخذ حكمه فاذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها
قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه
بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن فان نقصت عن الدين بتراجع السعر
الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة
وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره
ويعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع
السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف قال
واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه
خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية وبين يد الرهن فان هلك

هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه
الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا ترى انه
لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر
الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن
على كل حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا
بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض
في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعار احدهما اجنبيا باذن
الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان
لان لكل واحد حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة
من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود
الا بعقد مبتدأ فلو مات الراهن قبل رد الرهن الى يد المرتهن يكون
المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات
فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا وان
استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان يأخذ في العمل
هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذلك اذا هلك بعد الفراغ من العمل
لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد
العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن
الراهن المرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه
فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد
فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان
ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق
البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة
فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر

منه ولا بأقل منه لأن التقييد مفيد وهو نفي الزيادة لأن غرضه
الاحتباس بما يتيسر له أداؤه ونفي النقصان أيضاً لأن غرضه أن يصير
مستوفياً للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس
وبالمرتهن وبالبلد لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض
وتفاوت الأشخاص في الأمانة والحفظ وإذا خالف كان ضامناً ثم إن
شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لأنه ملكه
بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه وإن شاء ضمن المرتهن ويرجع
المرتهن بما ضمن والدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وإن وافق
بأن رهنه بمقدار ما أمره به وكانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلكت عند
المرتهن بطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله
لرب الثوب على الراهن لأنه صار قاضياً دينه بماله بهذا المقدار وهو
الموجب للرجوع دون القبض بنائه لأنه برضاه وكذلك إن أصابه عيب
ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه
وإن كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة ووجب على الراهن بقية
دينه للمرتهن لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن
لصاحب الثوب ما صار به موفياً لما بينا ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد
المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع لأنه
غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما أدى فأجبر المرتهن
على الدفع بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين لأنه متبرع إذ هو لا يسعى
في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبله ولو هلك
الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه
لأنه لا يصير قاضياً بهذا وهو الموجب على ما بيناه ولو اختلفا في ذلك فالقول
للراهن لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين كما لو اختلفا

اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير لأن القول قوله في إنكار أصله
فكذا في إنكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه
ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى والقيمة سواء
يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا أنه كان كالموجود ويرجع المعير
على الراهن بمثله لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته
ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبداً فأعتقه المعير جاز لقيام
ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن لأنه لم يستوف
وإن شاء ضمن المعير قيمته لأن الحق قد تعلق برقبته وقد أتلفه بالإعتاق
فيكون رهناً عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير لأن الاسترداد
للقيمة كاسترداد العين ولو استعار عبداً أو دابة ليرهنه فاستخدم
العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال
فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لأنه قد برئ
من الضمان حين رهنهما فإنه كان أميناً خالف ثم عاد إلى الوفاق وكذا إذا
افتك الرهن ثم ركب الدابة واستخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد
ذلك من غير صنعه لا يضمن لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة
المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ
عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لأن يده يد نفسه فلا بد من الوصول
إلى يد المالك أما المستعير في الرهن يحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه
عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة
لأنه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك
كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض
الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته إذا
أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه قال

وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه أن يكون الضمان
بصفة الدين وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن
فيضمنه لمالكه قال وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما
هدر وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا جنايته على المرتهن
معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال أما الوفاقية
فلأنها جناية المملوك على المالك ألا يرى أنه لو مات كان الكفن عليه
بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لأن الملك عند أداء الضمان
يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير
المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه
وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فيتخير إن شاء
الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن وإن قال
المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها
للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لأنها حصلت في ضمانه فلا يفيد
وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على المرتهن لا تعتبر
بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء لأنه لا فائدة في اعتباره
لأنه لا يتملك العبد وهو الفائدة وإن كانت القيمة أكثر من الدين فعن أبي
حنيفة رحمه الله أنه يعتبر بقدر الأمانة لأن الفضل ليس في ضمانه
فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه أنه لا يعتبر لأن حكم الرهن
وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن
الراهن أو ابن المرتهن لأن الأملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية
على الأجنبي قال ومن رهن عبدا يساوي ألفا بألف إلى أجل فنقص في السعر
فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل فإن المرتهن
يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء وأصله أن النقصان

أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر
هو يقول إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين ولنا
أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في
البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف
نقصان العين لأن بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه إذ
اليد يد الاستيفاء وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر
بقي مرهونا بكل الدين وإذا قتله حر غرم قيمته مائة لأنه تعتبر
قيمته يوم الإتلاف في ضمان الإتلاف لأن الجابر بقدر الفائت
فأخذه المرتهن لأنه بدل المالية في حق المستحق وإن كان مقابلا بالدم
على أصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لأن المولى استحقه بسبب المالية
وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على
الراهن بشيء لأن يد المرتهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك
يتقرر وقيمته كانت في الابتداء ألفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء
أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا الألف بمائة لأنه يؤدي
إلى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فإذا هلك
يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد
لأنه يصير مستوفيا الكل بالعبد لأنه لا يؤدي إلى الربوا قال
فإن كان أمر الراهن أن يبيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء عن حقه
ويرجع بتسعمائة لأنه لما باعه بإذن الراهن صار كأنه استرده وباعه
بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين إلا بقدر ما استوفى
كذلك هذا قال وإن قتله عبد وقيمته ألف فدفع مكانه افتكه
بجميع الدين وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمة الله عليهما وقال
محمد رحمه الله هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء سلم العبد

المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر رحمه الله يصير رهنا بامة ولنا ان يد
الرهن يد الاستيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر
العشر فبقي الدين بقدره ولانا جعلنا ان العبد الثاني قائم مقام الاول
لحما ودما فلو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من
الدين عندنا لما ذكرنا فكذا هذا اذا قام المدفوع مكانه ومحمد رحمه الله
في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيتخير الراهن كالمبيع اذا قتل
قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يتخير المشتري والمغصوب
منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام
الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر رحمه الله وعين الرهن امانة عندنا
فلا يجوز تمليكه منه من غير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي
وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف
الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى
صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف
واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان
يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله فلا يرجع على
الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها
ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان
الملك في الرقبة له ولو ابى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن
الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء
فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق بمعنى في ضمان المرتهن فصار
كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو
الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب
الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان

فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك وان فدى فهو رهن
مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان
ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى
قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل
دين المرتهن كما بينا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب
دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية
لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن
او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت بمعنى
هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك فان كان دين العبد اقل سقط
من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا
كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان
لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن
ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك
يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى
بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الفين
وهو رهن بالف وقد جنى العبد وقد جنى العبد يقال لهما افدياه لان النصف
منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة
على الراهن فان اجتمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز
في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضاء به فان تشاحا فالقول
لمن قال انا افديه راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فليس في الفداء
ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا
في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك
يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء

غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له أن يفدي وأما الراهن فلأنه ليس
للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختار ويكون المرتهن في الفداء
متطوعًا في حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن لأنه يمكنه أن لا يختار
فيخاطب الراهن فلما التزمه والحال هذه كان متبرعًا وهذا ما روي
عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين إن شاء
الله تعالى ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداه الراهن فإنه يحتسب على
المرتهن نصف الفداء من دينه لأن سقوط الدين أمر لازم فدى
أو دفع فلم يجعل الراهن متطوعًا ثم ينظر إن كان نصف الفداء من الدين — في الفداء
أو أكثر بطل الدين وإن كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان
العبد رهنًا بما بقي لأن الفداء في النصف كان عليه فإذا أداه الراهن
فهو ليس بمتطوع كان له الرجوع فيصير قصاصًا بدينه كأنه أوفى بنصفه
فبقي العبد رهنًا عليه بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو
متطوع فإن كان غائبًا لم يكن متطوعًا وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله
وقالا والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لأنه
فدى ملك غيره بغير أمره فأشبه الأجنبي ولأن الراهن إذا كان حاضرًا
أمكنه مخاطبته فإذا فداه المرتهن فقد تبرع كالأجنبي فأما إذا كان
الراهن غائبًا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون
فلا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة فلا يكون متبرعًا قال وإذا مات
الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لأن الوصي قائم مقامه ولو تولى — الدين
الموصي حيًا بنفسه كان له ولاية البيع بإذن المرتهن فكذا الوصي فإن لم
يكن له وصي نصب له القاضي وصيًا وأمره ببيعه لأن القاضي نصب ناظرًا
لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي
ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره فإن كان على الميت دين فرهن الوصي بعض

بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه لأنه آثر بعض
الغرماء بالإيفاء الحكمي فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي فإن قضى
دينهم قبل أن يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم إليهم ولو لم يكن للميت
غريم آخر جاز الرهن اعتبارًا بالإيفاء الحقيقي ويباع في دينه لأنه يباع
فيه قبل الرهن فكذا بعده وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز
لأنه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه في رهن الوصي تفصيلات
نذكرها في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى **فصل** ومن رهن عصيرًا
بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلًا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة
لأن ما يكون محلًا للبيع يكون محلًا للرهن إذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وإن
لم يكن محلًا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى أن من اشترى عصيرًا فتخمر
قبل القبض يبقى العقد إلا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة
ما إذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها
فصار يساوي درهمًا فهو رهن بدرهم لأن الرهن يتقرر بالهلاك فإذا حيي
بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل
القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل
القبض والمنتقض لا يعود أما الرهن يتقرر بالهلاك ومن مشايخنا من منع
مسألة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد
والثمر واللبن والصوف لأنه متولد من ملكه فيكون رهنًا مع الأصل
لأنه تبع له والرهن حق لازم فيسري إليه فإن هلك هلك بغير شيء لأن
الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل لأنها لم تدخل تحت العقد
مقصودًا إذ اللفظ لا يتناولها وإن هلك الأصل وبقي النماء افتكه
الراهن بحصته فيقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة
النماء يوم الفكاك لأن الرهن يصير مضمونًا بالقبض والزيادة تصير

مقصودة بالفكاك إذا بقي الحقيقة والتبع يقابله شيء إذا صار مقصودًا
كولد المبيع فما أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابله الأصل
مقصودًا وما أصاب النماء يفتكه الراهن بما ذكرنا وصور المسائل على
هذا الأصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي وتمامه في الجامع
والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن
احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه
في شيء من ذلك لأن الإباحة يصح تعليقها بالشرط والخطر لأنها
إطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين لأنه
أتلفه بإذن المالك فإن لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم
الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما أصاب الشاة
سقط وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن لأن اللبن تلف على
ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كأن
الراهن أخذه وأتلفه فكان مضمونًا عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى
بحصته وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن في أكله وكذلك جميع النماء
الذي يحدث على هذا القياس قال ويجوز الزيادة في الرهن ولا يجوز في
الدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنًا بها وقال
أبو يوسف رحمه الله يجوز الزيادة في الدين أيضًا وقال زفر والشافعي
رحمهما الله لا يجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر
والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولأبي يوسف رحمه الله في
الخلافية الأخرى أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن
فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع الالتحاق بأصل العقد للحاجة
والإمكان ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في
الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في

الدين وهو غير مانع من صحة الرهن ألا يرى أنه لو رهن عبدًا بخمسمائة
من الدين جاز وهذا شائع في الدين والالتحاق بأصل العقد غير ممكن
في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق
على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق بأصل العقد في بدلي
العقد بخلاف البيع لأن الثمن بدل يجب بالعقد ثم إذا صحت الزيادة
في الرهن وتسمى هذه الزيادة زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة
الأول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة
الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الأول يوم القبض ألفًا والدين
ألف يقسم الدين أثلاثًا في الزيادة ثلث الدين وفي الأصل ثلثا الدين
اعتبارًا بقيمتهما في وقت الاعتبار وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما
يثبت بالقبض فيعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض وإذا ولدت
المرهونة ولدًا ثم إن الراهن زاد مع الولد عبدًا وقيمة كل واحد
منهما ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى
العبد الزيادة لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم ولو كانت الزيادة
مع الأم يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض
فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها لأن الزيادة دخلت على الأم قال
فإن رهن عبدًا يساوي ألفًا بألف ثم أعطاه عبدًا آخر قيمته ألف
مكان الأول فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن في الآخر أمين
حتى يجعله مكان الأول لأن الأول إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين
وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقيًا
فإذا بقي الأول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لأنهما رضيا بدخول
أحدهما فيه لا بدخولهما فإذا رد الأول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل
يشترط تجديد القبض لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة ويد الراهن

بدا استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى
زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد فاخذها فان الجياد
امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن
تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان
الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض
العين ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في
يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر رحمه الله لان الرهن
مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق
الدين بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا
لانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت
المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله
قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها
يهلك بغير شيء هذا كله ولم يضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء.
ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن
في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه
وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان بالابراء يسقط
الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه
يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو
في نفسه قائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء
الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء
وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت
الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول
به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه ان لم يكن

ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا
على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق
على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء

كتاب الجنايات

قال رضي الله عنه القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ
وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به
الاحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح
كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد
هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة
فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل
مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم. الآية وقد نطق به غير واحد من السنة
وعليه انعقاد الاجماع قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص
في القتلى. الآية الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام
العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر
والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال الا ان يعفو الاولياء
او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية
الا برضاء القاتل وهو احد قولي الشافعي رحمه الله الا ان له حق
العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز
بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره
لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا
من الكتاب وما رويناه من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة
والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين
وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن
بعدم قصد الولي بعد اخذ المال ـــ فلا يتعين مدفعا للهلاك

ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطاء فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها لما انه يقصد بها غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل العمدية غالبا فقصرت نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطا والدية مغلظة على العاقلة اعتبارا بالخطا والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطا وتجب في ثلث سنين لقضية عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الارث ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه

حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وهي على العاقلة في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به قال وما اجري مجرى الخطا مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطا في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي رحمه الله يلحق بالخطا في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو وان كان ياثم بالحفر في غير ملكه لا ياثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التابيد لتنتفي شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي رح لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد

لانهما يستويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان قلنا
ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان
فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص
تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال ويقتل المسلم بالذمي خلافا للشافعي رح
له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية
وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قتل مسلما
بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح
كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما
روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة قال ولا يقتل
بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذا كفره باعث على الحراب
لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن
بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل
الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف
وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع
القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله صلعم
لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك في قوله يقاد اذا ذبحه
ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا
لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن
والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال او النساء
وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة قبل الاباء والام قربت
او بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال ولا يقتل الرجل
بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه
القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى

لا يتجزى قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة ولا يستوفى
القصاص الا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل ان
كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة
ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما
ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز
رقبته فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس
له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا ارى في هذا قصاصا لانه
اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا
وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية وقال المولى زوجتها منك لا يحل
له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين
على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي
الى المنازعة ولا الى اختلاف الحكم فلا يبالي به بخلاف تلك المسألة لان حكم
ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى
فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى
ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضوان الله
عليهم اجمعين في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاول لان المولى متعين
فيها وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا
لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات
ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن
لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه
والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط
حق المرتهن برضاه قال واذا قتل ولي المعتوه عمدا فلابيه ان يقتل لانه

من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح
وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال
حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في
جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على النفس وهذا من قبيله
ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص
في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح
لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه
المذكور هنا ان المقصود من الصلح المال فانه يجب بعقده كما يجب بعقد
الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو يختص بالاب ولا يملك
العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك
الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد
وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة
التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا
يرى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه ومن قتل
وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن
استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر
الى ادراكهم كما اذا كان بين الشريكين واحدهما غايب او كان بين الموليين وله
انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير
منقطع فيثبت لكل واحد كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان
احتمال العفو من الغايب ثابت ومسئلة الموليين ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بمر
فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رض وهذا

وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب فان اصابه بظهر
الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى اعتبارا
منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه
ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود
فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص
متى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبير فيكون قتلا بالمثقل
وفيه خلاف ابي حنيفة على ما نبينه وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف
الشافعي رحمه الله وهي مسئلة الموالاة له ان الموالاة في الضربات
الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطا
العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة
قد تستعمل للتاديب او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه
وعساه اصاب المقتل والشبهة دارية للقود فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا
او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقتص منه
وهو قول الشافعي رحمه الله غير ان عندهما يستوفي حزا وعنده يغرق كما
بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الالة قاتلة فاستعمالها
امارة العمدية ولا مرا في العصمة وله قوله عليه السلام الا ان قتيل السوط والعصا
وفيه وفي كل خطا ارش ولان الالة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر
استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبي عن المماثلة ومنه يقال
اقتص اثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والغرق لقصور الثاني
عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب
وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وقد اومت
اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة
وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل

صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في
الظاهر فاضيف اليه واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلماً مسلم
ظن انه مشرك فلا قود وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطأ على ما بيناه
والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص
الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة رضي الله عنه
قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية وقالوا انما تجب الدية اذا كانوا
مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم
قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه وشجه رجل
وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل
الاسد والحية جنس واحد لكونه هدراً في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر
في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر عند ابي حنيفة ومحمد رح
يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير
ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه وفي كتاب التجنيس والمزيد فلم
يكن هدراً مطلقاً فكان جنساً آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصار
ثلاثة اجناس فكان النفس تلفت بثلاثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد
ثلثه فيجب عليه ثلث الدية **فصل** ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم ان يقتلوه
لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين فقد اطل دمه ولانه باغ فسقطت عصمته
ببغيه ولانه تعين طريقاً لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول
محمد رحمه الله في اصل الجامع الصغير رح يحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة
الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير رحمه الله ومن شهر
على رجل سلاحاً ليلاً ونهاراً او شهر عصا عليه في مصر ليلاً ونهاراً في طريق في غير
مصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث
فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه

لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق
لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدراً قالوا وان كان عصا لا يلبث فيحتمل
ان يكون مثل السلاح عندهما وان شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله
المشهور عليه عمداً فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه وعلى
هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الضمان في
الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي رحمه الله انه قتله دافعاً
عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولاً على قتله بفعله فاشبه
المكره ولابي يوسف رحمه الله ان فعل الدابة غير معتبر اصلاً حتى لو تحقق
لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان
وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقط العصمة
دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصاً معصوماً او اتلف مالاً معصوماً
حقاً للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً بها وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما
حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القتل بتحقق الفعل منهما بخلاف
العاقل البالغ لان له اختياراً صحيحاً وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو
دفع الشر فيجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر فضربه ثم قتله
الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون
محارباً بالانصراف فعادت عصمته ومن دخل عليه غيره ليلاً واخرج السرقة فاتبعه
وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل
دفعاً في الابتداء فكذا استرداداً في الانتهاء وتاويل المسئلة اذا كان
لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله اعلم بالصواب

باب القصاص فيما دون النفس

قال رضي الله عنه ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قطعت
يده وان كانت يده اكبر من المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو
ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب القصاص وما لا فلا وقد امكن

في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد
لا تختلف بذلك قال وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية
المماثلة في القطع قال ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع
المماثلة في القلع فان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة
على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه
بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قال
وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن من يقتص منه اكبر
من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل شجة
يكون فيها المماثلة القصاص لما تلونا قال ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا
اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في
العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال
الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله
يقلع الثاني فيتماثلان وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطاء
لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما
دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ
ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين
العبدين خلافا للشافعي رحمه الله في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد
هو يعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها قلنا ان الاطراف يسلك
مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم
الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر
اصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب
القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش قال ومن قطع يد
رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن

لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر
فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع
شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة
ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا
متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا
انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي
به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل
اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء له عندنا لان حقه متعين في
القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا
قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به
حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى قال ومن شج رجلا فاستوعبت
الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج
بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته من الجانبين شاء وان شاء اخذ
الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها
وفي استيفائها ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين
باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيتخير كما في الشلاء
والصحيحة وفي عكسه يتخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي
الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته الى قفاه
ولا يبلغ الى قفاء الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص
في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قطع من اصله يجب
لانه يمكن اعتبار المساواة قلنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار
المساواة الا ان يقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل
ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص لان البعض لا يعلم مقداره

بخلاف الاذن اذا قطع كلها او بعضها لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد
يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص
لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها •

فصل واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل على مال سقط القصاص
ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية
على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث •
والمراد والله اعلم الاخذ بالرضاء على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه
حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله
على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه
سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره
وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل
في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد
قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان
يصالح عن دمهما على الف فهو على الحر والمولى نصفان لان عقد
الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض
سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان
القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله في
الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه
بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امراة اشيم الضبابي من عقل
زوجها ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما
عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية
تبقى حكما بعد الموت في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه
وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط

والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في البعض في
القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل
رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب قصاصان من غير شبهة لاختلاف
القتل والمقتول وهنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب
نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي
شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في
ثلاث سنين وقال زفر رحمه الله يجب في سنتين فيما اذا كان بين شريكين
وعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا
ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب
في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال
واذا قتل جماعة واحدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه
لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص
مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر
اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد
قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي رحمه الله يقتل بالاول
منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات
بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته لان الموجود من الواحد
قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس
في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف
الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص
ولانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو
لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله
فاكتفي به قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات

محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني وياتي فيه خلاف الشافعي
اذ الواجب احدهما عنده واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص
على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رحمه الله تقطع يداهما
والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار
بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر
ولنا ان كل واحد قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما
والمحل متجزئ فيضاف الى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان
الازهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث
والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره
الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال وعليهما نصف الدية
لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاه وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا
فلهما ان يقطعا يده وياخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفان
سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي رحمه الله في التعاقب
يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت
الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة
لا تفي بالحقين فيرجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق
فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع
المنافي لا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو منه فلا يمنع ثبوت
الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل وصار كما اذا قطع العبد
يمينيهما على التعاقب فيستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده
فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد
حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر
في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه

لزمه القود وقال زفر رحمه الله لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى
بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به
فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية
حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق
الضمن فلا يبالى به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا
فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني
احد نوعي الخطا كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد
بتعدد الاثر **فصل** ومن قطع يد رجل خطاء ثم قتله عمدا قبل ان
يبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطاء او قطع يده خطا فبرئت
يده ثم قتله خطا او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين
جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول
لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها
بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر
الجمع في هذه الفصول في الاوليين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين
لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطائين
يجمع بالاجماع لامكان الجمع فاكتفي بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا
ثم قتله عمدا قبل ان يبرأ فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان
شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقتل ولا يقطع
يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان
الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب هو القود
وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع
بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو
صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف

ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد بخلاف ما اذا كانا خطائين لان الموجب
الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب
عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل
وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القتل والقطع قصاصا يجتمعان
ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية
واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق
التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها
اثر على اصل ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله في مثله حكم عدل
وعن محمد رحمه الله تجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته
وبقي له اثر تجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار
الاثر في النفس ومن قطع يد رجل فعفى المقطوع يده عن القطع ثم مات
من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفى عن القطع وما يحدث منه ثم
مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان
عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا عفى
عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفى عن الشجة
ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه
القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد
موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون
العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفى عن الجناية فانه
يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق
وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفى عن
القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه فنحن
نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب

الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت
شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية
صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه
قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف
العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل
ولو كان القطع خطأ فقد اجرى مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا
آذن بذلك اطلاقه الا انه اذا كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا
فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه
ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطاء فموجبه المال
وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها
على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا
ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا
عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه
ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس
بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية
في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما بيناه لكن عن القصاص في
الطرف في هذه الصورة واذا سرى يتبين انه قتل النفس ولم يتناوله
العفو فيجب الدية ويجب في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص
على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة اذا كانا
على السواء فان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر رد
الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد
واذا سرى الى النفس يتبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب
مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان

لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها ولو تزوجها على اليد وما يحدث
منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج
على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا
تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد
رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط بشرط ان يصير
مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم
ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه
يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج
الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية
ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان يرجع عليهم بموجب جنايتها
وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة
وان كانت تخرج من الثلث يسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد
عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين ومن قطعت يده فاقتص
له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل
عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن
له القود اذا استوفى طرف من عليه وعن ابي يوسف رحمه الله انه سقط حقه
في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول
انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود
فلم يكن مبرءا عنه بدون العلم به قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله
ثم عفا وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه
وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها ولهذا لو لم يعف لم يضمنه

لم يضمنه وكذا اذا سرى وقطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان
له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى
غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس
ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا
سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا
بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري
لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو او الاعتياض لما انه تصرف فيه
فاما قبل ذلك فلا يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء
واما اذا لم يعف وما سرى قلنا انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء
حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح انه على الخلاف واذا قطع يده ثم
حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على
الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما فالكف
تابعة لها عرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه قال
ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن
دية النفس عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه
وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب
القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه وصار كالامام
والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه
في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح
افضى الى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص
سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل
لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها
والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما

يمكن فيه الالتزام ولا وجوب إذ هو مندوب إلى العفو فيكون من باب الإطلاق
فأشبه الاصطياد **باب الشهادة في القتل** قال ومن قتل وله ابنان
حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد
البينة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد وإن كان خطأ لم يعدها
بالإجماع وكذلك الدين يكون لأبيهما على الآخر لهما في الخلاف فإن القصاص
طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه
لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالاً يكون للميت
ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصماً
عن الباقين ولأبي حنيفة أن القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة ألا يرى أنه
يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله بخلاف الدين لأنه من أهل الملك في
الأموال كما إذا نصب شبكة وتعقل بها صيد بعد موته فإنه يملكه وإذا كان
طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصماً عن الباقين فيعيد البينة بعد
حضوره وإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم
ويسقط القصاص لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال
ولا يمكنه إثباته إلا بإثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب
وكذلك عبد بين رجلين قتل عمداً وأحد الرجلين غائب فهو على هذا الذي بيناه
فإن كان الأولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهما
باطلة وهو عفو منهما لأنهما يجران بشهادتهما إلى أنفسهما مغنماً وهو انقلاب
القود مالاً فإن صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثاً معناه إذا صدقهما
وحده لأنه لما صدقهما فقد أقر بثلثي الدية لهما فصح إقراره إلا أنه يدعي
سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه فإن كذبهما
فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية ومعناه إذا كذبهما القاتل أيضاً وهذا
لأنهما أقرا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما

نصيبهما مالاً فلا يقبل إلا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالاً لأن
دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود
عليه لأن سقوط القود مضاف إليهما فإن صدقهما المشهود عليه وحده
غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لإقراره له بذلك قال وإذا شهد الشهود
أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود إذا كان عمداً لأن الثابت
بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على
قتل العمد يتحقق على هذا الوجه لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار
بالضرب صاحب فراش حتى مات وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح
فإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام أو في البلدان أو في الذي كان به القتل
فهو باطل لأن القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان أو مكان غير القتل
في زمان أو مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني عمد
والأول شبه العمد ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا إذا قال
أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لا أدري بأي شيء قتله فهو باطل لأن المطلق
يغاير المقيد قال وإن شهدا أنه قتله وقالا لا ندري بأي شيء قتله ففيه
الدية استحساناً والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف
الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق
ليس بمجمل فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة على
إجمالهم بالمشهود عليه ستراً عليه وأولوا كذبهم في نفي العلم ظاهرها ودرءاً للإطلاق
في إصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك ويجب
الدية في ماله لأن الأصل في القتل العمد فلا يلزم العاقلة وإذا أقر رجلان
كل واحد منهما أنه قتل فلاناً فقال الولي قتلتماه جميعاً فله أن يقتلهما وإن
شهدوا على رجل أنه قتل وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعاً
بطل ذلك كله والفرق أن الإقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود

كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له
وفي الثاني من المشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل
اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته
اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر
لا يمنع صحة الاقرار **باب في اعتبار حالة القتل** قال ومن رمى
مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون
مبرئا الرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان
يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمي والمرمي اليه
فيها متقوم ولهذا تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد
الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان
عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم
ثم وقع السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم
لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا
بصيرورته متقوما بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع
السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله فضل
ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة رحمهما الله
لمحمد ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية
ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما
انه يصير قاتلا من وقت الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع
والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية
لو وجب لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة
ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به

به الضمان فلا تخالف النهاية البداية فيجب قيمته للمولى وزفر رحمه الله تعالى
وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه
ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء
على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا
ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه مسلم ثم تمجس والعياذ
بالله اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة
فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت
الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه
لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول
هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله اعلم
كتاب الديات قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة
وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة
مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين
متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به النص والمقادير
تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء او لكونه
كل المذكور على ما عرف ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به
والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزي ما في البطن لانه لم تعرف حياته
ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه ودية شبه العمد عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون
بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس
وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي رحمهما الله ثلاثون جذعة
وثلاثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها
لقول النبي عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا

وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها وعن عمر رضي الله عنه وزيد رضي الله عنه ثلثون حقة وثلثون جذعة ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلناه ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين في صفة التغليظ فان ابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرناه وهو كالمرفوع فيعارض به قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا وقتل الخطأ يجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بيناه من قبل والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه واخذنا والشافعي به لرواية ان النبي عليه السلام قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور غير ان عند الشافعي رحمه الله يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال الشافعي رحمه الله من الورق اثنى عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم وتأويل ما روي انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة عدمناها

عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قولهما وقيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي رحمه الله ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي رحمه الله دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك رحمه الله دية اليهودي والنصراني والمجوسي ستة الاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنى عشر الفا وللشافعي رحمه الله ما روي ان النبي عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذا قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي رحمه الله لم يعرف روايه ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم اجمعين

فصل فيما دون النفس

قال وفي النفس الدية وقد ذكرناه وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي

اصله قضاء رسول الله عليه السلام بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا
تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال
وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن
مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات
منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع من الكلام لتفويت
منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف
قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر
ما لا يقدر تجب وقيل ان قدر على اداء الاكثر تجب حكومة عدل لحصول
الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه
لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه تفوت به منفعة الوطء
والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي
هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل
في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال وفي العقل اذا ذهب
بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده
وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة
مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة
واحدة ذهب بها العقل والسمع والكلام والبصر قال وفي اللحية اذا حلقت
فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال قال وفي شعر الرأس الدية
لما قلنا وقال مالك رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله يجب فيهما حكومة
عدل لان ذلك في الادمي ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض
البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة
ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فيجب الدية كما في
الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال الا يرى ان من عدمه

من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق
به الجمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب كمال القيمة ويخرج
على الظاهر ان المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف
الحر قال وفي الشارب حكومة عدل هو الصحيح لانه تابع للحية فصار
كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا
شيء في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان
على الذقن والخد جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض
الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى
الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب
شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبت
بيضا فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا
وفي العبد يجب حكومة العدل لانه ينتقص قيمته وعندهما يجب
حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد
والخطأ على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف
الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله يجب حكومة عدل وقد مر الكلام
فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية
وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا
روي في حديث سعيد بن المسيب عن النبي عليه السلام قال وفي
كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتب النبي عليه السلام
لعمرو بن حزم رضي الله عنه وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية
ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة
او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما تفويت احدهما
تفويت النصف فيجب نصف الدية قال وفي ثديي المرأة الدية

لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احديهما نصف دية المرأة لما بينا
بخلاف ثديي الرجل حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس
المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة
الارضاع وامساك اللبن وفي احديهما نصفها لما بيناه وفي اشفار
العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل
ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رحمه الله في الاصل للمجاورة
كالراوية للقربة وهو حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال
على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى
عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية
وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة ارباعها
ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع
الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد
وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين
عشر الدية لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع
الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة فتنقسم الدية عليها
والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل
المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع
الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم
فيها عشر اصابع فتنقسم الدية عليها اعشارا قال وفي كل اصبع فيها
ثلاثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي
احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع
وفي كل سن خمس من الابل لقول النبي عليه السلام في حديث ابي موسى
الاشعري وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء لاطلاق

لاطلاق ما رويناه وروي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان
كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع
وهذا اذا كان خطأ اما اذا كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في
الجنايات ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد
اذا شلت بياه والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق تفويت جنس
المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه يجب
الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدب لانه فوت جمالا على
الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها
لا عن اثر والله اعلم

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الخارصة
وهي التي تخرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي
التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل
الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي
التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة
بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة
وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والامة
وهي التي تصل الى ام الراس وهو الذي فيه الدماغ قال وفي الموضحة
القصاص اذا كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في
الموضحة ولانه يمكن ان ينهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص
قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها
لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص
فيه وهذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله في الاصل
وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار
المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيعتبر بسبار

ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء
القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر
ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو مأثور عن النخعي وعمر بن
عبد العزيز رحمة الله عليهما قال وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر
الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر
الدية وفي الامة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما
جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي صلعم
قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة
خمسة عشر وفي الامة ويروى في المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام
في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت
الى الجانب الاخر بثلثي الدية ولانها اذا انفذت نزلت منزلة جائفتين
احديهما من جانب الظهر والاخرى من جانب البطن وفي كل جائفة ثلث الدية
فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رح انه جعل المتلاحمة
قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدءا
مروي عن ابي يوسف رحمه الله وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى
والحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما
لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة
ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس
يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في
غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة
العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه
انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة
والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما

لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد
فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة
ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير
فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص
بالجوف جوف الرأس وجوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله
الطحاوي انه يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر
الى التفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر
الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار
هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما
لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه **فصل** وفي اصابع اليد نصف الدية
لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية
ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر
فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين
الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع
لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف
نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رح
وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ
لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة
الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش
يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه
الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا
للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع
واحدة ففيه عشر الدية وان كانت اصبعين فالخمس ولا شيء في الكف

فهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه
الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل
شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا
بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش
يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث
الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف
ثلاثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع
اصل في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع
قائمة باسرها قال وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمي لانه
جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا
وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رحمه الله
دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا
ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب
الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن
والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال
وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة
الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على
النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ قال ومن شج رجلا
فذهب عقله او شعر رأسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات
العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش
الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات
كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع
اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رحمه الله لا يدخل لان كل واحد جناية

جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا
قال فان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية
قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله
ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول
ان كلا منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة فاشبه الاعضاء
المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على
ما بينا ووجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر
فلا يلحق به قال وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة
فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص
قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين وان قطع اصبع رجل من المفصل
الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من
ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة
عدل وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي
ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او
اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه
ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال اشجه
موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل في المحلين فيكون
جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احداهما لا تتعدى الى الاخرى
كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى غيره فقتله يجب القود في
الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجراحة بالمثل ليس في وسع
الشادي فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة
وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر فاورثت نهايته

شبهة الخطأ في البداية بخلاف الفصلين لأن أحدهما ليس فيه سراية صح
وبخلاف ما إذا وقع السكين لأنه ليس فعلاً مقصوداً أولاً ولو قطع إصبعاً
فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص عليه في شيء من ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا وزفر والحسن يقتص من الأولى وفي الثانية أرشها والوجه
من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله في المسألة الأولى
وهي ما إذا شج موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما لأن الحاصل
بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلاف فيه
الأخرى لأن الشلل لا قصاص فيه فصار الأصل عند محمد رحمه الله تعالى
على هذه الرواية أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص
يوجب القصاص كما لو آلت إلى النفس وقد وقع الأول ظلماً ووجه المشهور
أن ذهاب البصر بطريق التسبيب ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها
ولا قود في التسبيب بخلاف السراية إلى النفس لأنه لا يبقى الأولى فانقلبت
الثانية مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص إلا على رواية
ابن سماعة ولو أوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على هاتين الروايتين ولو
قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش في قول أبي حنيفة رحمه الله
وقالا عليه الأرش كاملاً لأن الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة
من الله تعالى وله أن الجناية انعدمت معنى فصار كما إذا قلع سن صبي
فنبتت لا يجب الأرش بالإجماع لأنه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن أبي يوسف
يجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في
مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الأرش بكماله لأن هذا مما لا يعتد به إذ العروق
لا تعود وكذا إذا قطع أذنه فألصقها فالتحمت لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه
ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الأول
فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم لأنه تبين أنه استوفى بغير حق لأن

الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانعدمت
الجناية ولهذا يستأنى حولاً بالإجماع فكان ينبغي أن ينتظر الناس في
ذلك القصاص إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول
لأنه ينبت فيه ظاهراً فإذا مضى الحول ولم ينبت قضينا بالقصاص وإذا
نبت تبين أنا أخطأنا فيه والاستيفاء فيه كان بغير حق إلا أنه لا يجب
القصاص للشبهة فيجب المال ولو ضرب إنساناً سنه فتحركت يستأنى
حولاً ليظهر أثر فعله فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت
سنه فاختلفا قبل السنة فيمن سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون
التأجيل مفيداً وهذا بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة
فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لأن الموضحة لا تورث المنقلة
أما التحريك يؤثر في السقوط فافترقا وإن اختلفا في ذلك بعد السنة
فالقول للضارب لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي
لظهور الأثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شيء على الضارب وعن أبي
يوسف رحمه الله أنه يجب حكومة الألم وسنبين الوجهين بعد هذا
إن شاء الله تعالى ولو لم يسقط ولكنها اسودت يجب الأرش في الخطأ على
العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لأنه لا يمكنه أن يضربه ضرباً يسود
منه وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر أو اخضر
ومن شج رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرش عند
أبي حنيفة رحمه الله لزوال الشين الموجب وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى
أرش الألم وهو حكومة عدل لأن الشين إن زال فالألم الحاصل ما زال
فيجب تقويمه وقال محمد رحمه الله أجرة الطبيب لأنه إنما لزمه أجر الطبيب
وثمن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله إلا أن أبا حنيفة رحمه الله
يقول إن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بعقد أو بشبهة ولم يوجد في

حق الجاني فلا يغرم شيئاً ومن ضرب رجلاً مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه
ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو اختلاف قد مضى
في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية
وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية
وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء قال
ومن جرح رجلاً جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رحمه الله
يقتص منه في الحال اعتباراً بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق
فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات
فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه
قتل وانما يستقر الامر بالبرء وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية
في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام
لا تعقل العواقل عمداً الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين
لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالاً لانه
مال وجب بالعقد فاشبه بالبيع قال واذا قتل الاب ابنه عمداً فالدية
في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله يجب حالاً لان الاصل
ما يجب بالاتلاف يجب حالاً والتأجيل للتخفيف في الخاطي وهذا عامد
فلا يستحقه ولان المال وجب جبراً لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر
بالمؤجل ولنا انه مال وجب بالقتل فيكون مؤجلاً كدية الخطأ وشبه
العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الادمي بالمال لعدم التماثل والتقوم
ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلاً لا معجلاً فلا يعدل عنه لا سيما
الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدراً لا يجوز وصفاً وكل جناية
اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار
لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال وعمد

وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها
خمسمائة فصاعداً والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد
حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف
عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله
ولهذا يجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل
ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال
عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطي لما استحق
التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا
التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون
عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم
وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها
ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم والله اعلم

فصل في الجنين

واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنيناً ميتاً ففيه غرة نصف عشر
الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر
دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن
بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي
ان النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى
او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك
والشافعي رحمهما الله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال
مالك رحمه الله في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة
على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال
دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل الحديث
الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة ويجب في سنة وقال الشافعي رح

في ثلث سنين لأنه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي
عن محمد بن الحسن رحمهما الله أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه السلام جعل
على العاقلة في سنة ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة
فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث
وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة ولأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية
أو أقل أو أكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء
منها يجب على من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والأنثى
لإطلاق ما روينا ولأن في الحيين إنما ظهر التفاوت معنى الآدمية
ولا تفاوت في الجنينين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة فإن
ألقت حيا ثم مات ففيه دية كاملة لأنه أتلف حيا بالضرب السابق فإن
ألقت ميتا ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها وقد صح أنه
عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة فإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج
الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الأم ودية في الجنين لأنه قاتل
شخصين وإن ماتت ثم ألقت ميتا فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين
وقال الشافعي رحمه الله يجب الغرة في الجنين لأن الظاهر موته بالضرب
فصار كما إذا ألقته ميتا وهي حية ولنا أن موت الأم أحد سببي موته
لأنه يختنق بموتها أو يتنفس بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال
وما يجب في الجنين موروث عنه لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه
الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرة
ولا يرث منها لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال وفي جنين
الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى وقال
الشافعي رحمه الله فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ
مقدارها من الأصل ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند

عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين وكان بدل نفسه فيقدر
بها وقال أبو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتبارا
الجنين البهائم وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر
فصح الاعتبار على أصله فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته
حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا يجب الدية وإن مات بعد العتق لأنه
قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا يجب القيمة دون
الدية ويجب قيمته حيا لأنه صار قاتلا إياه وهو حي فنظرنا إلى حالتي
السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد رحمه الله يجب قيمته
ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب لأن الإعتاق قاطع للسراية
على ما يأتيك بعد إن شاء الله تعالى قال ولا كفارة في الجنين وقال
الشافعي رحمه الله يجب لأنه نفس من وجه فيجب الكفارة احتياطا ولنا
أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها
ولهذا لم يجب كل البدل قالوا إلا أن يشاء ذلك لأنه ارتكب محظورا
فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي
قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام لإطلاق
ما روينا ولأنه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس
وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولأن بهذا القدر يتميز من العلقة والدم
فكان نفسا **باب ما يحدثه الرجل في الطريق** قال ومن أخرج إلى
الطريق الأعظم كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو بنى دكانا فلرجل من عرض
الناس أن ينزعه لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه
فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث
غيرهم فيه شيئا فكذا في حق المشترك قال ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر
بالمسلمين لأن له حق المرور فلا ضرر فيه فيلحق ما في معناه إذ المانع متعنت

فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام
قال وليس لاحد من اهل الدرب ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم
لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم
او لم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر
الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه المالك وحده حكما كيلا
يتعطل عليه الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم
ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا
او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه
متعد بشغل هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا
سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت
به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه
فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصابه ما كان
في الحائط منه فقتله لا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في
ملكه فان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه
متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا
يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك
وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي
طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم
باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع
الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على
البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في
الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع
آخر ثم احرق شيئا لا يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا

ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته
ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا
قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم
يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت
عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم
وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار
حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه
فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به
انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر
بالمارة بخلاف ما اذا فعل في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او
وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى
كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما
اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به لا يضمن ولو تعمد
المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل
هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه
فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان
رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخشبة
الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت
باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استأجر اجيرا
ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان
على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على
الاجير لفساد الامر قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف
بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت به بهيمة فضمانها في ماله لانه

متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان
ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء
الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان
حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه وانما قصد دفع الاذى
عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه
بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي
نحاه لان حكم فعله قد انتسخ بفراغ ما شغله وانما اشتغل بفعل الثاني
موضع آخر وفي الجامع الصغير رحمه الله في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان
امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد فيه حيث فعل ما فعل
بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف
في حق غيره او بالافتيات على راي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة
وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه
وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا لو كان حفر في ملكه لم يضمن لانه غير متعد
وكذا اذا حفر في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقد
قيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد
اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه
يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه
جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مات لمعنى في
نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رحمه الله
ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى
الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد رحمه الله هو ضامن في الوجوه
كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع لولاه لكان الطعام قريبا منه قال
استاجر اجراء ليحفروا له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على

الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم
يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا امر آخر بذبح
هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المامور ويرجع
على الامر لان الذابح مباشر والامر مسبب والترجيح للمباشر فيضمن ويرجع
للغرور وههنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد مسبب
منهما والاجير غير متعد والمستاجر متعد فيترجح جانبه وان علموا بذلك
فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل
مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات
فيه انسان فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له
ولا غرور فبقي الفعل مضافا على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد
الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان كونه فناء
له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين
والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر
في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال ومن جعل
قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي
جعل وكذلك لو وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليه لان الاول
تعدي وهو تسبيب والثاني تعدي وهو مباشرة فكانت الاضافة الى
المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي
قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن وكذا
اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به
انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشتمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد
حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظه
ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد

انه اذا لبس ما لا يلبس فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال وان
كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواريا او حصاة
فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب
وكل واحد مأذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن
واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق
بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه
وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد
بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة
وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة
على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله وان جلس فيه رجل منهم
فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا
لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او في
غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف
واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق
لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا
بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة او لان المنتظر
للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله
ان المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار
التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا
بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد
بشرط السلامة كالرمي الى الكافر والى الصيد والمشي في الطريق والمشي

والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس
من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد
بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد
من المسلمين فيه وحده

فصل في الحائط المائل

واذا مال الحائط الى
طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة
يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا
يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل
البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل
الاشهاد ووجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل
هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب
عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما اذا وقع ثوب انسان في حجره
يصير متعديا بالامتناع من التسليم اذا طولب به حتى يضمن اذا هلك في يده
كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا
لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع من التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم
فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع
هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم ما تلف به من النفوس يجب
الدية ويتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف
بطريق الاولى كيلا يؤدي الى استيصاله والاجحاف به وما تلف به
من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانه في ماله لان العاقلة لا تعقل
المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر
الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة
الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في
هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام

التعدي ولو بنى الحائط مائلاً في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدٍّ ابتداءً كما في اشراع الجناح قال ويقبل شهادة رجل وامرأتين على التقدم لان هذه ليست شهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانياً ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلاً كان او امرأة حراً كان او مكاتباً ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد به كل صاحب حق به قال وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل من الدار فكذا بازالة ما شغل هواها ولو اجّله صاحب الدار او ابرأه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجّله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة الناس فليس لهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانياً بالوضع ولم ينفسخ فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد ما شراه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعدما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية

الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان الولاية في النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالاً فهو في عنق العبد وان كان نفساً فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهو ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انساناً ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته واذا كان دار بين ثلاثة نفر فحفر احدهم فيها بئراً او بنى حائطاً فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية والله اعلم •

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطأت

الدابة وما اصابت بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت
ولا ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد
بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا
بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين
ثم انما يتقيد بشرط السلامة عما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد فيما لا يمكن التحرز
عنه لما فيه من معنى المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء
وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه
والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكن الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد
به فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان
لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال
فان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ
عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لان في الوجه الاول
لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني يمكن لانه ينفك عن السير
عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف
قال فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات
السير وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان
اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا
الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم
منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما
اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا روى
القدوري في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين
السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال
اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما

ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها باللجام وبهذا ينطق اكثر النسخ
وهو الاصح وقال الشافعي رحمه الله يضمنون النفحة كلهم لان فعلهم مضاف
اليها والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال
الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب قال وفي الجامع الصغير
وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما شرط
التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن
الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأته الدابة بيدها
او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه
لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له
وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء
والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب
حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة
ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطأت الدابة لان الراكب
مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان
عليهما لان كل ذلك سبب الضمان واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل
واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما الله انه يجب على عاقلة كل واحد
منهما نصف دية الآخر ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد
منهما نصف دية صاحبه لان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه
بصدمته آلم نفسه وهو سبب للموت فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا
كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على
قارعة الطريق بئرا فانهارا عليها يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا
ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في
الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع

فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحاً لكن الفعل المباح في غيره
سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب
على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا ما ذكرناه وفيما ذكر من
المسائل الفعلان المحظوران فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا إذا كانا حرين في
العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لأن الجناية تعلقت
برقبته دفعاً وفداء وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل المولى فيهدر
ضرورة وكذا في العمد لأن كل واحد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلاً ولو
كان أحدهما حراً والآخر عبداً ففي الخطأ يجب على عاقلة الحر المقتول
قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية
فيما زاد على القيمة لأن على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يجب القيمة على
العاقلة لأنه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلاً بهذا القدر فيأخذه ورثة
الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر
نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه
ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته
إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة قال ومن ساق دابة فوقع السرج
على رجل فقتله ضمن وكذا على سائر أدواتها كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها
لأنه متعد في هذا التسبيب لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد
أو الإحكام فيه بخلاف الرداء لأنه لا يشد عادة ولأنه قاصد لحفظ هذه
الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط
السلامة قال ومن قاد قطاراً فهو ضامن لما أوطأ فإن وطئ بعير
إنساناً ضمن به الدية على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد
أمكنه ذلك وقد صار متعدياً بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي
سبب للضمان إلا أن ضمان النفس على العاقلة وضمان المال في ماله وإن كان معه

سائق فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال
الأزمة وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل أما إذا توسطها وأخذ
بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لأن
القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون
قدامه وإن ربط رجل بعيراً إلى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط إنساناً
فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فإذا
ترك الصيانة صار متعدياً وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ
ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة وإنما
لا يجب الضمان عليهم في الابتداء وكل منهما مسبب لأن الربط من القيادة بمنزلة
التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا إذا ربط
والقطار يسير لأنه أمر بالقود دلالة فإذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون
قرار الضمان على الرابط أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها ضمنها القائد لأنه
قاد غيره بغير إذنه لا صريحاً ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن أرسل
بهيمة وكان لها سائقاً فأصاب في فوره يضمن لأن الفعل انتقل إليه بواسطة
السوق ولو أرسل طيراً وساقه فأصاب في فوره لم يضمن والفرق أن بدن
البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجوده وعدمه
بمنزلة وكذا لو أرسل كلباً ولم يكن له سائقاً لم يضمن ولو أرسله إلى صيد
ولم يكن له سائقاً فأخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق أن البهيمة تختار
في فعله ولا يصلح نائباً عن المرسل فلا يضاف فعله إلى غيره هذا هو الحقيقة
إلا أن الحاجة مست في الاصطياد فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد
مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن أبي يوسف
رحمه الله أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً لأموال الناس قال
رضي الله عنه وذكر في المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فما أصابت

في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت
يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا إذا وقفت
ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد
لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل
فينقطع حكم الإرسال وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسا أو مالا في
فوره لا يضمنه من أرسله وفي الإرسال في الطريق يضمنه لأن شغل الطريق تعد
فيضمن ما يتولد منه أما الإرسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب إلا بوصف
التعدي ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وإن مالت يمينا
وشمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فأصابت مالا أو آدميا
ليلا أو نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام العجماء جبار قال محمد رحمه الله
هي المنفلتة ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال
وأخواته قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لأن المقصود منها اللحم
فلا يعتبر إلا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في
عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان أيضا اعتبارا
بالشاة ولنا ما روي أن النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة
وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة
والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للأكل فمن هذا الوجه
تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه
الآخر في نفي النصف ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها
وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها ومن سار
على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلا أو ضربته
بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب
هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما ولأن الراكب والمركب

والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده ولأن
الناخس متعد في تسبيبه والراكب غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي
حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين
لأنه متعد في الإيقاف أيضا وإن نفحت الناخس كان دمه هدرا لأنه بمنزلة
الجاني على نفسه وإن ألقت الراكب فقتلته فديته على عاقلة الناخس لأنه
متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته
فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي
يسير في ذلك سواء وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب الضمان على الناخس والراكب
نصفين لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف إلى
الناخس فيجب الضمان عليهما وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل
الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لأنه أمره بما يملكه إذ النخس في
معنى السوق فصح أمره به وانتقل إليه لمعنى الأمر ولو وطئت رجلا
في سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما جميعا إذا كانت في
فورها الذي نخسها لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما والإذن يتناول
فعل السوق فلا يتناوله من حيث إنه إتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه
والركوب وإن كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط
أو علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح إنسانا
فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما أن الحفر
شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب
بما ضمن في الإيطاء لأنه فعله بأمره وقيل لا يرجع وهو الأصح فيما أراه لأنه
لم يأمره بالإيطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما إذا أمر صبيا يستمسك
على الدابة بتسييرها فوطئ إنسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فإنهم
لا يرجعون على الآمر لأنه أمره بالتسيير والإيطاء ينفصل عنه وكذا إذا ناوله

سلاحًا فقتله به آخر حتى ضمن لا يرجع على الأول ثم الناخس إنما يضمن إذا كان
الإيطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافًا إليه وإذا لم يكن في فور
ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافًا إلى الراكب
على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت
في فورها فهو على الناخس وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره لأنه
مضاف إليه والناخس إذا كان عبدًا فالضمان في رقبته وإذا كان صبيًا
ففي ماله لأنهما مؤاخذان بأفعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق
فنفحت إنسانًا فقتله فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعدٍ
بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله **باب جناية المملوك
والجناية عليه** قال وإذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه إما أن
تدفعه بها أو تفديه وقال الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته يباع
فيها إلا أن يقضي المولى الأرش وفائدة الخلاف في اتباع الجاني
بعد العتق والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين
له أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف لأنه هو الجاني إلا أن
العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لأن العقل عندي بالقرابة ولا قرابة
بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في الدين في الذمي ويتعلق برقبته
يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي
حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني تحرزًا عن استئصاله والإجحاف
به إذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني
إذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به والأصل في
العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذمي لأنهم لم
يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر
وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال إلا أنه يخير بين

الدفع والفداء لأنه واحد وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه
كيلا يستأصل غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط
الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وإن كان له حق النقل إلى الفداء
كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لأن الواجب لا يتعلق بالحر
استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال فإن دفعه ملكه ولي الجناية
وإن فداه فداه بأرشها وكل ذلك يلزمه حالًا أما الدفع فلأن التأجيل
في الأعيان باطل وعند اختياره الواجب عين وأما الفداء فلأنه جعل
بدلًا عن العبد في الشرع وإن كان مقدرًا بالمتلف ولهذا سمي فداء
فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالًا كالمبدل وأيهما اختاره
وفعله لا شيء لولي الجناية غيره أما الدفع فلأن حقه متعلق به فإذا خلى
بينه وبين الرقبة سقط وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش فإذا
أوفاه حقه سلم العبد له فإن لم يختر شيئًا حتى مات العبد بطل حق المجني
عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وإن مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ
لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى قال فإن عاد فجنى كان حكم
الجناية الثانية حكم الأولى معناه بعد الفداء لأنه لما طهر عن الجناية بالفداء
جعل كأنه لم يكن وهذا ابتداء جناية قال وإن جنى جنايتين قيل
للمولى إما أن تدفعه إلى وليي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما وإما أن
تفديه بأرش كل واحد منهما لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية
كالديون المتلاحقة ألا يرى أن ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية
فحق المجني عليه الأول أولى أن لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما
على قدر أرش جنايتهما وإن كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر
حصصهم وإن فداه فداه بجميع أروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدًا وفقأ
عين آخر يقتسمانه أثلاثًا لأن أرش العين على النصف من أرش النفس وعلى

هذا حكم الشجات وللمولى أن يفدي من بعضهم بمقدار ما تعلق به حقه من العبد
لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف
مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى
الآخر لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب
للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال فإن أعتقه
العبد وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها وإن أعتقه
بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش لأن في الأول فوت حقه فيضمنه
وحقه في أقلهما ولا يصير مختاراً للفداء لأنه لا اختيار بدون العلم
وفي الثاني صار مختاراً لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار
منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لأن كل
ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الإقرار على رواية الأصل
لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه وليس فيه
نقل الملك لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر وألحقه الكرخي بالبيع
وأخواته لأنه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له بإقراره فأشبه البيع
وإطلاق الجواب ينتظم في الكتاب النفس وما دونه وكذا المعنى لا
يختلف وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لأنه يزيل الملك بخلاف
ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لأن الملك ما
زال ولو باعه بيعاً فاسداً لم يصر مختاراً حتى يسلمه لأن الزوال به بخلاف
الكتابة الفاسدة لأن موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير به مختاراً
ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما إذا وهبه منه لأن
المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع وإعتاق
المجني عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرناه لأن فعل المأمور
مضاف إليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية لأنه حبس
جزءاً منه وكذا إذا كان بكراً فوطئها وإن لم يكن معلقاً لما قلنا بخلاف

بخلاف التزويج لأنه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية
لأنه لا ينقص من غير إعلاق وبخلاف الاستخدام لأنه لا يختص بالملك
ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهر
وكذا بالإذن في التجارة وإن ركبه دين لأن الإذن لا يفوت الدفع ولا
ينقص الرقبة إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه
من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال لعبده إن قتلت فلاناً
أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء إن فعل ذلك وقال
زفر رحمه الله لا يصير مختاراً لأن وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده
وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً ألا ترى أنه لو علق الطلاق
أو العتاق بالشرط ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق
والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية
والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما إذا أعتقه بعد
الجناية ألا ترى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير
ابتداء الإيلاء من وقت الدخول وكذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق
ثلاثاً فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً لأنه يصير مطلقاً بعد
وجود المرض بخلاف ما أورده لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع
عنه إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولأنه حرضه
على الشرط بتعليق أقوى الدواعي إليه والظاهر أنه يفعله فهذا دلالة
الاختيار قال وإذا قطع العبد يد رجل عمداً فدفع إليه بغير قضاء
أو بقضاء فأعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وإن كان لم
يعتقه رد على المولى وقيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه ووجه
ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلاً لأن
الصلح كان عن المال لأن أطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين

الطرف فالحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان
الصلح واقعاً بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة
الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه
لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من
اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا وان يجعل صلحاً عن الجناية
وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به
لانه لما رضي بكون العبد عوضاً عن القليل يكون ادنى ان يرضى بكونه عوضاً عن الكثير
فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداءً واذا لم يعتق لم يوجد
الصلح ابتداءً والصلح الاول وقع باطلاً فيرد العبد الى المولى والاولياء
على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمداً
فصالح القاطع المقطوع يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوع يده
ثم مات من ذلك فالعبد صلح من الجناية الى آخر ما ذكرناه من الرواية
وهذا الوضع يرد اشكالاً فيما اذا عفى عن اليد ثم سرى ومات حيث لا يجب
القصاص هناك ثمه وههنا قال فقيل ما ذكر ههنا قال فقيل ما ذكر ههنا
قال يجب وبعض مشايخنا قال ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان
جميعاً على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد
صح ظاهراً لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو
ظاهراً فبعد ذلك وان بطل حكماً يبقى موجوداً حقيقةً فكفى
المنع وجوب القصاص اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها
حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم يمتنع العقوبة هذا
اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل قال
واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى
ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية

الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد
الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين
ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما
بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث يجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها
المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في
مقابلة الحق لانه دونه وههنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا
يترجح فيظهران فيضمنهما قال واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت
فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان
الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاءً فيسري
الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى
لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف
الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه
اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه
اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق
على العاقلة من غير حجة قال واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك
خطأ وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد
لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام
فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً او فداءً وصار
كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا
صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفاً كان القول
قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت
قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة
استحساناً وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله

لا يضمن لأن شيئا قائما بعينه يؤمر برده عليها لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده
الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى وكما في الوطء والغلة
وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة
والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها قال ومن أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما
يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى
صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فالقول
القول قول المقر له وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن
يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن
بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذه
من غلتها وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة
منافية للضمان قال وإذا أمر العبد المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة
الصبي الدية لأنه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء على ما بيناه من قبل
ولا شيء على الآمر وكذا إذا كان الآمر صبيا لأنهما لا يؤاخذان بأقوالهما
لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي
على الصبي الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتاق لأن عدم الاعتبار
لحق المولى وقد زال لا لنقصان أهلية العبد بخلاف الصبي لأنه قاصر الأهلية
قال وكذلك إن أمر عبدا معناه أن يكون الآمر عبدا محجورا والمأمور عبدا
يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ولا رجوع له على الأول في الحال
ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد لأنه غير مضطر في دفع
الزيادة وهذا إذا كان القتل خطأ وكذا إذا كان عمدا والعبد القاتل صغير
لأن عمده خطأ وأما إذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد
قال وإذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي
كل واحد منهما فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف

درهم لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب
مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لأن حقهم في الرقبة أو في
عشرين ألفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف فإن كان
قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فإن فداه المولى فداه
بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي
الخطأ لأنه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف
وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب
خمسة عشر ألفا وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه
لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه أرباعا
ثلاثة أرباعه لوليي الخطأ وربعه لوليي العمد فالقسمة عندهما بطريق
المنازعة فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة
الفريقين في النصف الآخر فيتنصف فلهذا انقسم أرباعا وعنده يقسم بطريق
العول والمضاربة أثلاثا لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة
بالديون فيضرب هذا بالكل وذاك بالنصف ولهذه المسألة نظائر وأضداد
ذكرناها في الزيادات قال وإذا كان عبد لرجلين فقتل مولى لهما أي قريبا
لهما فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع الذي
عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قول
محمد مع قول أبي حنيفة رحمه الله وفي أكثرها مع أبي يوسف رحمهما الله تعالى

فصل
ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا يزاد على عشرة آلاف
درهم فإن كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر قضي له بعشرة آلاف إلا عشرة
وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف درهم إلا عشرة وهذا
عند أبي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله
يجب قيمته بالغة ما بلغت فلو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا وهلك

في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لان الضمان بدل المالية ولهذا
يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل
القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلاً او بدلاً وصار كقليل
القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة
اوجبها مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلة الادمية ولان فيه معنى الادمية
حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالية والادمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار
المالية عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب باعتبار المالية اذ الغصب لا يرد الا
على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمداً وان لم يكن القصاص
بدلاً عن المالية فكذلك بالقيمة وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الادمية الا انه
لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة
الاف ونقصنا منها في العبد اظهاراً لانحطاط رتبته وتعيين العشرة بأثر
عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد
على خمسة الاف الا خمسة لان اليد من الادمي نصفه فيعتبر بكله وينقص
هذا المقدار لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة
العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب
امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان
المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة
غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه
ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول
لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستنداً الى وقت الجرح وعلى
اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون الحق للورثة
فيتحقق الاشتباه ويتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه

وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد
الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لرجل اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت
الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رحمه الله في الخلافية
وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف
لانه الملك على اعتبار احدى الحالين والولاء على اعتبار الاخرى فينزل
منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لاخر بعتني هذه الجارية
بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية
وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص
ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم
والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان
المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف
تلك المسألة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكماً والاعتاق لا يقطع
السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد
لا يصلح مالكاً للمال وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى
حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه
فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية
فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث
له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين
عند محمد رحمه الله يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت
الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب
في الفصل الاول كالجواب عند محمد رحمه الله في الثاني قال ومن قال
لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان
العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق

الشجة ولو قتلها رجل يجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء
من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر
انشاء في حقها وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا
واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد
منهما رجل حيث يجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما
قتل الحر وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول
لانه لا يفيد فائدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واشتماله ولاية
التنقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون
الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى
دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء
دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي رحمه الله يضمنه كل القيمة ويمسك
الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا
قطع احدى يديه وفقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة
في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات
وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان
يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة
بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني
المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء
احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما
كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر
الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب
اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان ولابي حنيفة ان المالية

ان المالية ان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي
الاطراف ايضا الا يرى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى
بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المالك
ان يباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك
الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما
من الحكم **فصل في جناية المدبر وام الولد** قال واذا جنى المدبر وام
الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة
رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه
في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل
ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق
لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير
بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل
لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير
بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة
لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك
لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها ويعتبر قيمته لكل واحد
في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال فان جنى جناية
اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور
على الدفع قال فان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان
شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم يكن الجناية الثانية موجودة وقد
دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رحمه الله
ان المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الاولى ضامن

بقبض حقه ظلماً فيخير وهذا لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ولهذا
يشارك ولي الجناية الأولى ومتأخرة حكماً من حيث أنه يعتبر قيمته
يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لا إبطاله
ما يتعلق به من حق ولي الثانية عملاً بالشبهين قال وإذا أعتق المولى المدبر
وقد جنى جنايات لم يلزمه إلا قيمة واحدة لأن الضمان إنما وجب
عليه بالمنع فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وأم الولد بمنزلة
المدبر في جميع ما وصفنا لأن الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير وإذا
أقر المدبر بجناية لم يجز إقراره ولا يلزمه به شيء عتق أو لم يعتق لأنه
موجب جناية الخطأ على سيده وإقراره به لا ينفذ على السيد

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته
أقطع وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب
لا شيء عليه والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع فيصير
كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل
الثاني فكانت السراية مضافاً إلى البداية فصار المولى متلفاً فيصير
مسترداً كيف وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان
قال وإذا غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يده فهو ضامن
لأن المحجور عليه يؤاخذ بأفعاله قال ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية
ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان
لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفداء
فيصير مبطلاً حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة
فلا يزاد على قيمتها ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في
الموجب قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لأنه استحق نصف

نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما إذا استحق بنصف العبد
بهذا السبب قال ويدفعه إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع بذلك على
الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
يرجع بنصف قيمته فيسلم له لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما
يسلم لولي الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل
والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما أن حق الأول
في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد وإنما انتقص باعتبار
مزاحمة الثاني فإذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً يأخذه
ليتم حقه فإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لأنه استحق
من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وإن كان جنى عند المولى فغصبه
رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع
بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الأول غير أن استحقاق
النصف حصل بالجناية الثانية إذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه
إلى ولي الجناية الأولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالإجماع ثم وضع
المسألة في العبد قال ومن غصب عبداً فجنى في يده ثم رده فجنى جناية
أخرى فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف
القيمة ويدفعه إلى الأول ويرجع به على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة فيسلم
له وإن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين
ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجع به والجواب في العبد
كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى
العبد وفي الأول يدفع القيمة قال ومن غصب مدبراً فجنى عنده
جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير

ثم رده على المولى ثم غصبه
ثم جنى عنده جناية م

فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا
في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند
وجود الجناية الاولى لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به
على الغاصب لان الاستحقاق عليه بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه
الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا
في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة
على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله تعالى
ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان
الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق وفيما
في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد
الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال ومن غصب صبيا حرا فمات في
يده فجاءة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية
فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين
وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى
انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حر رقبة
وهذا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف
وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق
وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله
اليه فهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي عنه فيضاف اليه لان شرط
العلة بمنزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت
فجاءة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع
تغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه
قتلا تسبيبا قال واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية

الدية واذا اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف والشافعي رحمة الله عليهما انه يضمن في الوجهين وعلى هذا
اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف
والشافعي رحمهما الله يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة
في العبد والصبي وقال محمد رحمه الله في الجامع الصغير صبي قد عقل
وفي الجامع الكبير رح وضع المسئلة في صبي ابن اثني عشرة سنة وهذا يدل
على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما
انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت
الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان
كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها
على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا
اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية له على
الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والماذون له لان لهما ولاية
على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو
مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد
الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره قال وان استهلك
مالا ضمن يريد به من غير ايداع لان الصبي مؤاخذ بافعاله وصحة القصد
لا معتبر بها في حقوق العباد **باب القسامة** واذا وجد القتيل
في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله
ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي رحمه الله اذا كان هناك لوث
استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضي لهم بالدية على المدعى عليه عمدا

كان الدعوى عمدا او خطأ وقال مالك يقضي بالقود اذا كان الدعوى في
العمد وهو احد قولي الشافعي رحمه الله واللوث عندهما ان يكون هناك
علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة
او شهادة اهل عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن
الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا للشافعي في البداية بيمين الولي
قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين
تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر
شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول
غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال
يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على
المدعي واليمين على من ادعي عليه وروى سعيد بن المسيب رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود
القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة
الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى
ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار
تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه
بالقتيل او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز
فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون
يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ ما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى
او محدودا في القذف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال واذا حلفوا
قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي رحمه الله
لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود
بايمانها ولان اليمين عهد في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في

كما في سائر الدعاوى ولنا انه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث
سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على
وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن
القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة
ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم
عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص
ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم
لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطاء
ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحق لذاته تعظيما
لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان
اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه
لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع
اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد
والخطاء لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم سنذكره
ان شاء الله من بعد قال وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى يتم
خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة
واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية
وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة
فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها
بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي
ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال
قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين
قول قال ولا على امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على

اهلها وان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل
في العرف من فاتت حيوته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة
تتبع فعل العبد والقسامة احتمال القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد ان يكون
به اثر يستدل به علي كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق
وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة
الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او من دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه
المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل
او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الراس فعلي اهلها القسامة والدية
وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الراس او
وجد يده او رجله او راسه فلا شي عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد
ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس
ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان
والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول
ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان
بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعني ما اشرنا اليه
وصلوة الجنازة في هذا تنسحب علي هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد
فيهم جنين او سقط وليس به اثر الضرب فلا شي علي اهل المحلة لانه لا يفوق
الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم
لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شي عليهم
لانه ينفصل ميتا لا حيا قال واذا وجد القتيل علي دابة يسوقها رجل فالدية
علي عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان
قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما لو وجد
في دارهم قال واذا مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو علي اقربهما لما روي

ان النبي عليه السلام اتي بقتيل بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رض
انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين
قريتين فوجد القتيل الي وادعة اقرب فقضي عليهم بالقسامة قيل هذا
محمول علي ما اذا كانت بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة
يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة قال واذا وجد القتيل في دار انسان فالقسامة
عليه لان الدار في يده والدية علي عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال
ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة رح وهو قول محمد
وقال ابو يوسف رح هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير تكون بالسكني
كما تكون بالملك الا يري انه عليه السلام جعل القسامة والدية علي اليهود
وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون
السكان لان سكني الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم
فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم علي املاكهم
فكان ياخذ منهم علي وجه الخراج قال وهي علي اهل الخطة دون المشترين
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله الكل مشتركون
لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل
جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب
الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري
دخيل وولاية التدبير الي الاصيل وقيل ابو حنيفة رحمه الله بني ذلك علي ما
شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما
بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو علي المشترين لان الولاية
انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم قال واذا وجد
قتيل في دار فالقسامة علي رب الدار وعلي قومه وتدخل العاقلة في
القسامة ان كانوا حضورا وان كان غيبا فالقسامة علي رب الدار

يكرر عليه الأيمان وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رح
لا قسامة فيها على العاقلة لأن التدبير إذا اختص به غيره فلا يشاركه غيره فيها
كأهل المحلة لا يشاركهم عواقلهم ولهما أن الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما يلزم
صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال فإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها
لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال لأن صاحب القليل يزاحم الكثير
في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة
قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع
وإن كان في البيع خيار لأحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند
أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري
وإن كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي تصير له لأنه إنما أنزل قاتلا
باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية
مستفادة بالملك ولهذا كانت الدية على صاحب الدار دون المودع والملك
للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك
كما في صدقة الفطر وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك ألا ترى أنه
يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد
وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض
لأنه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس
به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب
فيعتبر يده إذ بها يقدر على الحفظ قال ومن كان في يده دار فوجد فيها
قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده لأنه لا بد من
الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وإن كانت دليلا على
الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق
الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من إقامة البينة قال وإن وجد

فإن وجد القتيل في السفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين
لأنها في أيديهم واللفظ يشتمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها
وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء
وكذلك العجلة وهذا على ما روي عن أبي يوسف رحمه الله ظاهر والفرق
لهما أن السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في
الدابة بخلاف المحلة والدار لأنها لا تنقل قال وإن وجد قتيل
في مسجد محلة فالقسامة على أهلها لأن التدبير فيه إليهم وإن وجد
في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت
المال لأنه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة
ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق إن كان مملوكا
فعند أبي يوسف رحمه الله يجب على السكان وعندهما على المالك وإن لم
يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لأنه لجماعة
المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول أبي
يوسف رحمه الله الدية والقسامة على أهل السجن لأنهم سكان وولاية
التدبير إليهم والظاهر أن القتل حصل منهم وهما يقولان إن أهل
السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لأهل
النصرة ولأنه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فإذا كان غنمه يعود إليهم
فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها
بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمة الله عليهما قال وإن وجد في برية
ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت
لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير
فلا يجب عليه حفظه وهذا إذا لم يكن مملوكة أما إذا كانت فالقسامة
والدية على عاقلته وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما وقد بيناه

وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه
وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير
الذي تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط
والشط في يد من هو يقرب منه الا يرى انهم يستقون منه الماء ويوردون
دوابهم فيه بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام
يدهم عليه فيكون القسامة والدية عليهم قال فان ادعى الولي على واحد
من اهل المحلة بعينه لم يسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس
والاستحسان قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم ووجه الفرق
هو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا
منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك
بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة
تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور
القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه
عليهم وسقط لفقد شرطه قال واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل
فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء
على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت
براءة اهل المحلة عن القسامة قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد
الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه انما يسقط به الحق عن اهل المحلة
لان قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا
ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة
وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام
الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية
لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا فان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه

ما بيناه وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي
حنيفة رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد ذكرناه قال واذا قال
المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير
فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف
على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم
من سواه فيحلف عليه قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم
انه قتل لم تقبل شهادتهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقبل
لانهم كانوا بعرضية ان يكونوا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى
الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل
قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم
فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية
بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى الاصلين هذين يتخرج
كثير من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه
فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة
مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف
رحمه الله ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك
لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل قال ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله
فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة
والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رح
لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي حصل في القبيلة والمحلة ما دون النفس
فلا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل
به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف
اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا

معه جريح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم
يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف رحمه الله وفي قياس قول ابي حنيفة
يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده مجروحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا
وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه
فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد وزفر لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كانه قتل
نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل
ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة
فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور
القتل بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان
رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف
رحمه الله يضمن الاخر الدية وقال محمد رحمه الله لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل
نفسه ويحتمل انه قتله الاخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف رحمه الله
ان الظاهر انه لا يقتل نفسه فكان حق التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل
في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
عليها القسامة يكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل
اليها في النسب وقال ابو يوسف رحمه الله القسامة على العاقلة ايضا
لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت
الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة
قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا
انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض
رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض
لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية والله اعلم **كتاب المعاقل** قال

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل
الدماء ان تسفك اي تمسك قال والدية في شبه العمد والخطاء وكل دية
وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني
يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها
على العاقلة لقوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك للاولياء قوموا فدوه
ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي
تولى شبه العمد نظرا الى الالة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي
ايجاب مال عظيم اجحافه واستيصاله فيصير عقوبة فيضم اليه
العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه
وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا
به قال العاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من
عطياتهم في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين
كتب اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله الدية على
اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ
بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه
فانه لما دون الدواوين جعل العقل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله
عليهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان
على اهل النصرة وقد كانت بانواع القرابة والحلف والولاء والعدد
وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا
للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل
الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو
صلة وهي العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير في ثلث سنين
مروي عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ

من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا
في اكثر من ثلاث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتأويله اذا كانت العطايا
للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل
القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على
ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة
معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرناه واذا كان جميع الدية
في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة واذا كان الواجب بالقتل ثلث
دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين
في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما
وجب على العاقلة من الدية على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله
في ثلث سنين وقال الشافعي ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل
للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه
والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى
كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس
وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي
المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد
المغرور قال ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي
المعتبرة في التعاقل وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد على اربعة
دراهم في كل سنة وينقص منها قال المصنف رحمه الله كذا ذكره القدوري
في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رح
على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على ثلاثة او اربعة
فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح
قال وان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل اليهم معناه نسبا كل

ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة
ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الابناء والاباء فقيل يدخلون لقربهم
وقيل لا يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى
لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند
الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك
اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب
فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا
وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل
لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف
دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انها لا تؤخذ من اصل المال
فتنقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق
يقضي في ارزاقهم بالدية في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في
حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر
ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكلما خرج رزق يؤخذ منه الثلث
بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ
منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من
الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء
بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق في
كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه
ايسرهما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه
والاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال وادخل
القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه
ومؤاخذة غيره وقال الشافعي رحمه الله لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا

للجزء وبالكل في الغني عنه والجامع كونه معذورًا قلنا ايجاب الكل اجحاف بهم ولا
كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورًا فالبريء عنه اولى قال الله سبحانه
وتعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ
في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان
العقل انما يجب على اهل النصرة بتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالنساء والصبيان
ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل
صبيًا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل
باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض من العطايا للمعونة
لا للنصرة كفرض ازواج النبي عليه السلام ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر آخر
يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده
ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل
اهل كل مصر عن اهل سواده لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا
بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة
وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه
والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا تظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب
والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بينا وعلى هذا
يخرج كثير من مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان
عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر
لم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو الصحيح لان الذين
يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون
به اهل العطايا وقيل تأويله اذا كان قريبًا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال
واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر
اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة

المنقطعة ولو كان البدوي نازلًا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان
اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقل من اهل
اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة
يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلًا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا
احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى
التناصر موجود في حقهم وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث سنين
من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما
يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقي عليه بمنزلة تاجرين
مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل
دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل
كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان
اختلفت مللهم لان الكفر ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم
ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهودي والنصراني ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن
بعض وهكذا المروي عن ابي يوسف رحمه الله لانعدام التناصر ولو كان القاتل
من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي
بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر رحمه الله يقضي على عاقلته من اهل الكوفة
وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته
اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء قلنا ان المال انما يجب عند القضاء
لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل
ويتحمل عنه عاقلته فاذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف
ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد القضاء لكن حصة
القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطايا وعطاؤه بالبصرة بخلاف
ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل

ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية وقضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضي بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضي بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليهم بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر

قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد مر في الولاء ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله او التسوية في ان لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه بما رويناه وبما روي انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل

النفس على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والصلح والاقرار لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء عليهم لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم

قال واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي رحمه الله يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على الجاني وهو القاتل لانه بدل المتلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد

عاد الحكم إلى أصله وابن الملاعنة تعقله عاقلة أمه لأن نسبه ثابت منها دون الأب
فإن عقلوا عنه ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث
سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب لأنه تبين أن الدية
واجبة عليهم لأن عند الإكذاب تبين أن النسب لم يزل كان ثابتا من الأب حيث
بطل اللعان بالإكذاب ومتى ظهر من الأصل فقوم الأم تحملوا ما كان واجبا
على قوم الأب فيرجعون عليهم لأنهم مضطرون في ذلك وكذلك إذا مات المكاتب
عن وفاء وله ولد من حرة مسلمة فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه
ثم أديت الكتابة لأن عند الأداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت حرية
الأب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتبين أن قوم الأم عقلوا عنهم فيرجعون
عليهم وكذلك رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية
رجعت بها على عاقلة الآمر إن كان الأمر ثبت بالبينة وفيما إذا الأمر كان ثبت
بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر أو على عاقلته لأن الدية
تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه عدة مسائل ذكرها محمد رح
متفرقة والأصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل إذا تبدل حكما فانتقل
ولاؤه إلى ولاء بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الأول قضي بها أو لم يقض وإن
ظهرت حالة حقيقة مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء
أو لم يقع وإن لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار
في ذلك لوقت القضاء فإن كان قضى بها على الأولى لم ينتقل إلى الثانية
وإن لم يكن قضى بها على الأولى فإنه يقضي بها على الثانية وإذا كانت العاقلة
واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده
إلا فيما سبق أداؤه فمن أحكم هذا الأصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه
من النظائر والأضداد والله الموفق للسداد **كتاب الوصايا** باب
في صفة الوصية ما يجوز منها وما يستحب وما يكون رجوعا عنها

عنها قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لأنها تمليك
مضاف إلى حال زوال المالكية ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل ملكتك
غدا كان باطلا فهذا أولى إلا أنا استحسناه لحاجة الناس إليها فإن الإنسان
مغرور بأمله مقصر في عمله فإذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج إلى تلافي
بعض ما فرط منه في التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصوده
المالي ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك
فشرعناه ومثله في الإجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار
الحاجة كما في التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد
وصية يوصي بها أو دين والسنة وهو قوله عليه السلام إن الله تصدق عليكم
بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم أو قال
حيث أحببتم وعليه إجماع الأمة ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة
لما قلنا وسنبين ما هو الأفضل إن شاء الله تعالى ولا يجوز بما زاد على الثلث
لقوله عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث
كثير بعدما نفى وصيته بالكل والنصف ولأنه حق الورثة وهذا لأنه انعقد
سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به إلا أن
الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه وأظهره
في حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق عليهم به تحرزا عما يتفق عليه من
الإيثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسروه
بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال إلا أن يجيزه الورثة بعد موته
وهم كبار لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه ولا معتبر بإجازتهم في حال
حياته لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه
بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا
عنه لأن الساقط متلاش غاية الأمر أنه يستند عند الاستغناء لكن الاستنا

بموت الموصي ثم الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا
والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك موقوف على القبول فصار كموت
المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع وجه الاستحسان أن الوصية من جانب
الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وإنما توقفت لحق الموصى له
فإذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل
الإجازة قال ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لأن الدين مقدم
على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرع وأبدا يبدأ
بالأهم فالأهم إلا أن يبرئه الغرماء لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على
الحد المشروع لحاجته إليها قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي رح
تصح إذا كان في وجوه الخير لأن عمر رضي الله عنه أجاز وصية يفاع أو يافع
وهو الذي راهق الحلم ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ
يبقى على غيره ولنا أنه تبرع والصبي ليس من أهله ولأن قوله غير ملزم وفي تصحيح
وصيته قول بإلزام قوله والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا أو
كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب
بالترك على ورثته لما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات
لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فإنه لا يملكه ولا وصيه
وإن كان يتفق نافعا في بعض الأحوال وكذلك إذا أوصى ثم مات بعد
الإدراك لعدم الأهلية وقت المباشرة وكذا إذا قال إذا أدركت فثلث
مالي لفلان وصية لقصور أهليته فلا يملكه تنجيزا أو تعليقا كما في
الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لأن أهليتهما مستتمة والمانع حق
المولى فتصح إضافته إلى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب وإن ترك
وفاء لأن ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول أبي حنيفة رحمه الله لا تصح وعندهما
تصح وردها إلى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر ثم عتق

ثم عتق فملك فالخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال ولا تجوز الوصية
للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أما الأول
فلأن الوصية استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين
صلح خليفة في الإرث فكذا في الوصية إذ هي أخته إلا أنها ترتد بالرد لما فيها
من معنى التمليك بخلاف الهبة لأنها تمليك محض ولا ولاية لأحد عليه
ليملكه شيئا وأما الثاني فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام فيما إذا علم
وجوده وقت الوصية وبابها أوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح
في غير الموجود كالثمرة فلأن تصح في الموجود أولى قال ومن أوصى
بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء لأن اسم الجارية لا يتناول
الحمل لفظا ولكنه يستحق بالإطلاق تبعا فإذا أفرد الأم بالوصية
صح إفرادها ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا
هو الأصل أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه منه إذ لا فرق
بينهما وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه وقد مر في البيوع
قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لأنه تبرع لم يتم فجاز الرجوع
فيه كالهبة وقد قررناه في كتابها ولأن القبول يتوقف على الموت والإيجاب
يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع قال وإذا صرح بالرجوع أو فعل
ما يدل على الرجوع كان رجوعا أما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لأنها
تعمل عمل الصريح فقامت مقام قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار
فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير
ينقطع به حق المالك فإذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه
الأفاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن
تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله مثل السويق يلته بسمن وكذا
يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها

لانه لا يمكن التسليم بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصى
من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع
وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى
بها ثم اشتراها او وهبها ثم رجع فيها لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه
فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته
عادة فصار بهذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون
رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال وان جحد
الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رحمه الله وقال ابو يوسف يكون رجوعا
لان الرجوع في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا
ولمحمد رحمه الله ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك
واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا او لان الرجوع اثبات في الماضي
ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة
ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها
لفلان فهي حرام وربا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل
بخلاف ما لو قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون
رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما لو قال تركت
لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان
كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به
لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان
وارثي حيث يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد
ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على
حالها لان الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقيت للاولى
ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة

للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث
بينهما لانه يضيق الثلث عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم
وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل
يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس
فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق
الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل
الاقل سهما فصار ثلثة اسهم سهم لصاحبه وسهمان لصاحب الاكثر وان
اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما
على اربعة عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله الثلث بينهما نصفان
ولا يضرب ابو حنيفة رحمه الله للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة
والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلاف فيه ان الموصي قصد شيئين
الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع
من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها وله ان الوصية وقعت بغير
المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فبطل اصلا
والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة
في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة
الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة
بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على
الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان
هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر
تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد
فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال ولو اوصى بنصيب ابنه

فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز لأن الأول وصية بمال
الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثانية وصية بمثل نصيب
الابن ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رحمه الله
يجوز في الأول أيضاً نظراً إلى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلناه قال
ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس
فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا له
مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيزه الورثة لأن السهم يراد
به أحد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية والأقل متيقن فينصرف إليه
إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة
وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد
رفعه إلى النبي عليه السلام فيما يروى ولأنه يذكر ويراد به السدس
فإن إياساً رحمة الله عليه قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد
به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا
السهم كالجزء قال فإن أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم لأنه
مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة
قائمون مقام الموصي فإليهم البيان ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك
المجلس أو في مجلس آخر له ثلث مالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس
فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في غيره سدس مالي
لفلان فله سدس واحد لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المال والمعرفة
متى أعيدت يراد بالثانية عين الأولى وهو المعهود في اللغة قال ومن أوصى
بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما
بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر رحمه الله ثلث ما بقي لأن كل واحد منها
مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما

ما بقي عليها وصار كما إذا كانت التركة أجناساً مختلفة ولنا في أن الجنس الواحد
يمكن جمع حق أحدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية
مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الأجناس
المختلفة لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً وكذا تقديماً قال ولو أوصى بثلث ثيابه
فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث
ما بقي من الثياب قالوا هذا إذا كانت الثياب أجناساً مختلفة ولو كانت
من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لأنه
يجري فيه الجمع جبراً بالقسمة ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان (وبقي واحد)
لم يكن له إلا ثلث الباقي وكذلك الدور المختلفة وقيل هذا قول أبي حنيفة
رحمه الله وحده لأنه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لأن
عندهما للقاضي أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والأول أشبه
للفقه المذكور قال ولو أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين فإن خرجت
الألف من ثلث العين دفعت إلى الموصى له لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه
من غير بخس فيصار إليه وإن لم تخرج دفع إليه ثلث العين وكلما خرج شيء
من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف لأن الموصى له شريك الوارث وفي
تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لأن للعين فضلاً على الدين ولأن الدين
ليس بمال في مطلق الحال وإنما يصير مالاً عند الاستيفاء فإنما يعتدل النظر بما
ذكرناه قال ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله
لزيد لأن الميت ليس من أهل الوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها كما إذا أوصى
لزيد وجدار وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لأن
الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي إلا بنصف الثلث بخلاف ما إذا علم
بموته لأن الوصية للميت لغو فكان راضياً بكل الثلث للحي ولو قال ثلث مالي
بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لأن قضية هذا اللفظ أن

يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى انه من قال ثلث مالي لفلان
وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث
قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا كان للموصى له ثلث ما يملكه عند
الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده
فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب
مالاً لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في
الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه
حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت ولو لم
يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانه لو كان بلفظ
المال يصح فكذا اذا كانت بلفظ نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل
والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة
شاة لانه لما اضافها الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها
توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولا غنم له قيل لا تصح
لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل
تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة
من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة
حيث جعلها جزأ من الغنم بخلاف ما اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل
قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين
فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة
ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء
والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد رحمه الله ان المذكور لفظ الجمع
وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات

الاولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع بالالف واللام
يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه
الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد وكانت الثلاث فبلغ الحساب خمسة
قال ولو اوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين
عندهما وعند محمد رحمه الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين
صح صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما
بيناه قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة درهم ثم قال لآخر قد
اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباتها
بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف
ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشتراك لانه لا يمكن
تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد
بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان علي دين
فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان
وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه
لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا
يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان
انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية
وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا في تفريغ ذمته
فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له فكانه قال اذا جاءكم فلان
وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق
على الثلث دون الزيادة قال فان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب
الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة
وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة

اخرى وهي ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر
الد خصاماً وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح
اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا
صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق
وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة ديناً شائعاً
في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا
تنفيذاً لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم
اذا ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره
قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية
الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل
في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية
فلا يصلح مزاحماً فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة
الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف
ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي لان
الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكماً له فتصح في حق من يستحقه
منهما واما الاقرار اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي
ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى
اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكاً ولانه لو قبض الاجنبي شيئاً
كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه
الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة
عن حصة الآخر بقاء وبطلاناً قال ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط
ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها هو والورثة
تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد

واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولاً وجهالته
تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال الا ان يسلم الورثة الثوبين
الباقيين فاذا سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا
الثوب الاجود ولصاحب الوسط ثلثا الجيد وثلث الادون ولصاحب
الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا حق له في الرديء
بيقين لانه اما ان يكون وسطاً او رديئاً ولا حق له فيهما وصاحب الرديء
لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون وسطاً او جيداً ولا حق له
فيهما ويحتمل ان يكون الرديء هو الرديء الاصلي فيعطى من محل الاحتمال فاذا
ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الرديء
فيتعين حق صاحب الوسط ضرورة فيه قال واذا كانت الدار بين رجلين
فاوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في
نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وعند محمد رحمه الله نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل
ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح
مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها
مشتركة فينفذ الاول ويتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة
التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه
ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى
به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه يكون له مثل ذرع نصف
البيت تنفيذاً للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها
اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث
لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام
على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه

بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون
بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت
اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة
تابع وانما المقصود الافراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة
فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في
نصيب الآخر ينفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه
عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلاً
لمقصوده ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعاً بين الجهتين
التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او لانه اراد
التقدير على اعتبار احدى الجهتين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه كما اذا علق
عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق
الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة
ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له والورثة على عشرة
اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد رحمه الله فيضرب
الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو
خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهماً فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد
عشر سهماً لان الموصى له يضرب بالعشرة والورثة بخمسة واربعين فيصير
السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار
قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رحمه الله والفرق له ان الاقرار
بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بتسليمه الى المقر له
والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته
ولا تنفذ قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال
بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير

الغير فيتوقف على اجازته فاذا اجاز يكون متبرعاً منه ايضاً فله ان يمتنع من
التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان
الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة
فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي قال واذا اقتسم
الابنان تركة الاب الفاً ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله
فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه
نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله لان اقراره لان اقراره بالثلث
له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف
وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شائع في التركة وهو في ايديهما فيكون
مقراً بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين
مقدم على الميراث فيكون مقراً بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث
شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ
منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضاً فياخذ نصف ما في
يده فيصير نصف التركة فحينئذ يزاد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية
فولدت بعد موت الموصي ولداً وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى
له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعاً حين كان متصلاً
بها فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى
ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب
بالثلث واخذ بحصته منهما جميعاً في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى
وقال ياخذ ذلك من الام فان فضل شيء ياخذه من الولد وفي الجامع الصغير
عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم
فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولداً يساوي ثلثمائة قبل
القسمة فللموصي له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد

منها إلا ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج
عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير
تقديم الأم ولأن الأم أصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الأصل
فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الأصل وذلك
لا يجوز بخلاف البيع لأن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في
الأصل بل يبقى تاما صحيحا فيه إلا أنه لا يقابله بعض الثمن ضرورة
مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد
البيع بدون ذكره وإن كان فاسدا هذا إذا ولدت قبل القسمة فإن
ولدت بعدها فهو للموصى له لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد
القسمة **فصل في اعتبار حالة الوصية** قال وإذا أقر
المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها هبة ثم تزوجها
ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة لأن الإقرار ملزم بنفسه
وهي أجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين
إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض إلا أن الثاني يؤخر عنه
بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية
للوارث والهبة وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت
حكما لأن حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند
عدم الدين يعتبر من الثلث قال وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني
أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله أما الهبة
والوصية فلما قلنا إنه وارث عند الموت وهما إيجابان عنده أو بعده
والإقرار وإن كان ملزما بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم
وقت الإقرار فيعتبر في إيراث تهمة الإيثار بخلاف ما تقدم لأن سبب
الإرث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار

الإقرار وهي نصرانية فأسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب حال
صدوره قال وكذلك لو كان الابن عبدا أو مكاتبا ثم أعتق لما ذكرنا
وذكر في كتاب الإقرار إن لم يكن عليه دين يصح لأنه إقرار لمولاه وهو أجنبي
فإن كان عليه دين لا يصح لأنه إقرار له وهو ابنه والوصية باطلة
لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها
تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة
الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول
ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لأنه إذا تقادم العهد
صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب
فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وإن وهب عندما أصابه ذلك ومات
من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش لأنه يخاف منه الموت ولهذا
يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم **باب العتق في مرض الموت**
قال ومن أعتق عبدا في مرضه أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز
ومعتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو
وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب
الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار
من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لأنها إيجاب
بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة
به وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في
حكم الوصية لأنه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من
الثلث وإن أوجبه في حال صحته اعتبارا بحالة الإضافة دون حالة العقد
وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فإن كان صحيحا فهو من جميع
المال وإن كان مريضا فمن الثلث وكل مرض برئ منه فهو كحال الصحة

لان الابن يثبت ان لا حق له في ماله قال فان حابى ثم اعتق وضاق
الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رحمه الله وان اعتق ثم حابى
فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا
اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث
لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق
بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان
الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي
في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى
فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقها
الفسخ من جهة الموصي واذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي
فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية
ان العتق اولى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم
في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها
يثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناها لا بصيغتها والاعتاق
تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفعت الاضعف واذا
وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة
وعلى هذا قال ابو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم
الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة
قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم
حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة فما اصاب العتق
قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال قال
ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه
بما بقي عند ابي حنيفة رحمه الله وان كانت وصية بحجة يحج عنه بما بقي

بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة عند ابي
حنيفة وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها
ما امكن اعتبارا للوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة
وتنفيذها فيمن يشترى باقل منها تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز
بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم
يتبدل فصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه
وقيل ان هذه المسئلة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق
حق الله عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق
وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق
وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان
اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت
وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة
الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه ولهذا لا سعاية عليه قال ومن اوصى
بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد
صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له لانه
يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه
بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان
الفداء من مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن
الجناية بالفداء فصار كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن اوصى بثلث
ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث بان الميت اعتق هذا العبد فقال
الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول
الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة
ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد

العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر
لانه يدعيه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية
بثلث المال فكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث
تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون
القول قوله مع اليمين الا ان يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا
مزاحم له او تقوم له البينة بان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت
عيانا وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال للوارث
اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد
يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين
والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كانهما كانا
معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار
بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من
الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه
بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان
الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن
اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب
السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي
على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده
الوديعة اقوى وعندهما سواء **فصل** ومن اوصى بوصايا من حقوق الله
تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات
لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم وان تساوت في القوة
بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر
الطحاوي رحمه الله انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين

الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله وفي رواية عنه يقدم الحج وهو قول محمد
وجه الاولى انهما وان استويا في الفريضة فالزكوة يتعلق بها حق العبد فكان
اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالنفس والمال والزكوة بالمال قصرا
عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها
في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات والكفارة في
القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن
دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على
وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على
البعض قال وما ليس بواجب يقدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار
كما لو صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى
وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم
على عدد القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب
ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضاء الله تعالى
فكل واحدة في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين
قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب
عليه الحج من بلده ولهذا يعتبر من المال ما يكفيه من بلده والوصية
لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف
اليه على الوجه الذي وجب عليه قال فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا
عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناها
فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها
ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين
هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في
الطريق واوصى بان يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول

زفر رحمه الله وقالا يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقد وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبدأ من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن في محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفها الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا وقد تايد بقوله عليه السلام لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امراته لما روي انه عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد رحمهما الله عليهم اجمعين وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمراة في نكاحه او عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق باين لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء الزوجية وهو شرط وقت الموت قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيها الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصد من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلوة وهي تختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيها قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فان عنده تقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى اب له في الاسلام وعند الشافعي رحمه الله بالاب الادنى قال فاذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية وللخالين نصفها لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم

كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو اقرب ولو كان
له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة
فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة
وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا
وكذا اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسابه في جميع ما ذكرنا
لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا
الوصف قال ولو اوصى لاهل فلان فهي لزوجته عند ابي حنيفة وقالا
يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص
قال الله تعالى واتوني باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة
يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق
ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة
التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب
اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب
اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه
لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الام والاب
ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا
قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم
لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون
فالوصية في فقرائهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة
ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء
بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان
وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة
فلا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف

الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم
اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان
يدخل فيهم الاناث عند ابي حنيفة رحمه الله في قوله الاول وهو قولهما
لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة
لان حقيقة الاسم لان حقيقة الاسم للذكور والكلام لحقيقته بخلاف
ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث
لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل
فيهم مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية
بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا
ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص
على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه
وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي رحمه الله
في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى
يصالحوا له ان الاسم يتناولهم اذ كل منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا
ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار
مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف
لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا
تنافي فيه ولو اوصى لمواليه جازت الوصية ويدخل فيها من اعتقه في
الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت
بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله
وعن ابي يوسف رحمه الله انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم
ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل
الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال واولاد الموالي وموالي الموالاة

يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف رح انهم يدخلون ايضاً والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد رح يقول ان الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه بخلاف ما اذا لم يكن له موالي ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالاة فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي قد اعتقهم لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازاً وانما يحوز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانهم ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ويجوز بذلك ابداً لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحيوة ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوساً على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز موقتاً ومؤبداً كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين يبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها ويشملها قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوماً لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين ولا تمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت

اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثاً للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل لانه تسوية بينهما زماناً وذاتاً وفي المهاياة تقديم احدهما زماناً ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضاً لان الحق لهم الا ان الاول هو الاعدل والاولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف رح ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا اخرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون عنه قال فان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يواجر العبد والدار وقال الشافعي رحمه الله له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك من غيره ببدل وبغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضافاً الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتباراً بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حال الحياة على اصلنا

وكذا تمليك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا وتحقيقه ان التمليك ببدل
لازم وبغير بدل غير لازم وكذا تمليك الاقوى بالاضعف لا الاكثر بالاقل
فالوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع
بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع انما هو في نفسه غير لازم
ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة
المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه
الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى
يكون مملكا لها بالصفة التي يملكها اما اذا ملكها مقصودة بغير عوض
كان مملكا اكثر مما يملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج
العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى
اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على
ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه
من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده
ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره
يجوز ايضا لانها بدل المنفعة فاخذت حكم المنفعة في جواز الوصية
بها كيف وانها عين حقيقة لانها دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى
ولو لم يكن مال غيرها كان له ثلث غلة تلك السنة لانها عين مال يحتمل
القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة
ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف
فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له
الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتني على ثبوت الحق للموصى له فيما تلاقيه
القسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة
فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته

رقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة
عليها للموصى له بالخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا
منه لاحدهما على الآخر فتعتبر بهذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت
الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة
ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان
آخر اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيها بعد الموت ولهما
نظائر وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث
او اوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما
فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف
في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الآخر فيها
فكذلك الجواب عند ابي يوسف رحمه الله وعلى قول محمد رحمه الله تعالى
الموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف
ان ما يجاب في الكلام الثاني تبين ان مراده بالكلام الاول ايجاب
الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان صحيح منه وان كان
مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حياة الموصي فكان البيان
المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد
ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها
وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ولهذا جعلنا العام الذي موجبه
ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان
فكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون
ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول كما لو اوصى بالخاتم للثاني بخلاف
الخدمة والرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه
الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره

لم يبق للموصى له فيها حق بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً لأن ذلك دليل التخصيص
أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحبه الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال
ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وإن قال
له ثمرة بستاني أبداً فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وإن أوصى
له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق أن الثمرة اسم
للموجود عرفاً فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على
الأبد لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئاً
أما الغلة فينتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً
يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فإذا أطلقت يتناولهما
غير موقوف على دلالة أخرى أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود فلهذا
يفتقر الانصراف إلى الدليل الزائد قال ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها
أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما
على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبداً أو لم يقل
لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ وهذا بخلاف
ما تقدم والفرق أن القياس يأبى تمليك المعدوم لأنه لا يقبل الملك إلا أن
في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة
والإجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الأولى لأن بابها
أوسع أما الولد المعدوم وأختاه لا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً
ولا يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها
لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعاً وبعقد الخلع مقصوداً فكذا
بالوصية **باب وصية الذمي** وإذا صنع يهودي أو نصراني
كنيسة أو بيعة في صحته ثم مات فهو ميراث لأن هذا بمنزلة الوقف عند
أبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا أما

أما عندهما فلأن هذا معصية فلا تصح قال وإن أوصى بذلك لقوم مسمين
فهو من الثلث معناه إذا أوصى أن يبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من
الثلث لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك
فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال ولو أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين
جازت الوصية عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا الوصية باطلة لأن هذه معصية
حقيقة وإن كانت في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في
تنفيذها تقرير المعصية ولأبي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ونحن أمرنا
بأن نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على اعتقادهم ألا ترى أنه
لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية به
اعتباراً لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق له بين بناء البيعة والكنيسة
وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال الملك للباني
وإنما يزول ملكه بأن يصير محرراً خالصاً لله تعالى كما في مساجد المسلمين
والكنيسة لم تصر محررة لله حقيقة فيبقى الملك للباني فيورث عنه ولأنهم
يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به وفي
هذه الصورة يورث المسجد أيضاً لعدم تحرره بخلاف الوصية لأنها
وضعت لإزالة الملك إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاها في غير ما هو قربة
عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاها فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل
أن وصايا الذمي على أربعة أقسام منها ما يكون قربة في معتقدهم ولا
يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره
وتطعم بها المشركون وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسمين كما
ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا
ولا يكون قربة في معتقدهم كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبنى مسجداً للمسلمين
أو يسرج في مساجد المسلمين وهذه باطلة بالإجماع اعتباراً

لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون
والجهة مشورة ومنها ما اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما
لو اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا
جائز سواء كان لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانها وصية بما هو قربة
حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها ما اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في
حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه
معصية في حقنا الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا
وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلمين لانا
امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على
الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه وفي المرتدة الاصح انه
تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد فانه يقتل او يسلم
قال واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان
امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس
لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة
ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته وان كان اوصى
باقل من ذلك نفذت الوصية ورد الباقي على ورثته وكذلك في حق المستامن
ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح
منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز
لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا
يجوز عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد
مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز لانه من اهل
الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام
على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز

لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات
ولو اوصى لمخالف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة
ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين
والوصية اخته **باب الوصي وما يملكه** ومن اوصى الى رجل
فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت
مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته او بعد
موته صار مغرورا من جهته فيرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد
بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هنالك
لانه حي قادر على التصرف بنفسه قال فان ردها في وجهه فهو رد لانه
ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره
فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء
لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا
من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد
الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم
بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية
خلافة لانها تختص بانقطاع ولاية الميت فينتقل الولاية اليه
واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل فانابة
لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع
والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب وان لم
يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم
يكن القاضي اخرجه من الوصية حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل
لا يبطل الايصاء لان في ابطاله مضرة للميت ومضرة الوصي في الابقاء
مجبور بالثواب ودفع الاولى وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه

في الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما
يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا
لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال
بعد اخراج القاضي اياه اقيل لم يلتفت اليه لانه قيل بعد بطلان الوصاية
بابطال القاضي قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي
من الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج
يكون بعدها وذكر محمد رحمه الله في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه
في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل وقيل في العبد معناه باطل
حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر
باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل
النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية
الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف
ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية
الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة
فيخرجه القاضي عن الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في
الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه
وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية
لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق
الوصاية فلا يفيد فائدته فان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وهو القياس وقيل قول محمد رح
مضطرب فيه يروى مرة مع ابي حنيفة رحمه الله وتارة مع ابي يوسف
وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات
الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من

من الاب لا يتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا
نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للولاية
وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية
المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب
والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة رحمه الله او نقول
يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل
اولى قال ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي
غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم
الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكى اليه
الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا
تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية
للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه
لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه كان مختار الميت ومرضيه فابقاؤه
اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره
وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان
يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت
الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء
لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له قال ومن اوصى
الى اثنين لم يجز لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون
صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف
ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها
الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية
الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما يتحقق اذا انتقلت

الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الموصي اياهما يوذن باختصاص كل واحد منهما بوفور الشفقة فنزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للولي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شرى الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنسه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه تملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية قال في الجامع الصغير وج وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب

من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد منهما على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي براي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا اخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا اخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف رحمه الله الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قد قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي اخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص اخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي اخر لان راي الميت باق حكما براي من يخلفه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه براي المثنى كما رضيه المتوفي واذا مات الوصي فاوصى الى اخر فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحيوة والجامع بينهما انه رضي برايه لا براي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره

بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل
غيره والايصاء اليه قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمة
الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به
ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث
اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له
ان يشاركا الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب حادث
ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه به ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يصير
الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي
لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ
في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى
له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما يبقى على الشركة
قال فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي
لما بينا قال وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت
من ثلث ما بقي وكذلك لو دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده وقال ابو يوسف
ان كان مستغرقا الثلث لم يرجع بشيء والا رجع بتمام الثلث وقال محمد رحمه الله
لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه
فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية وكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه
ولابي يوسف رحمه الله ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها
واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة رحمه الله ان القسمة لا تراد لذاتها
بل لمقصودها وهو تاديتها الحج فلم يعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة
فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم
يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال وان اوصى بثلث الف درهم
فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لان الوصية

لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول يصير الموصى به ميراثا
لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز
نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض
لم يكن له على الورثة سبيل قال واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء
فهو جائز لان الوصي قام مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه
بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه
وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية
لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستيفاء
اما ههنا بخلافه قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين
فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده واستحق العبد ضمن الوصي لانه هو
العاقد فيكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل
الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير
رضاه فيجب عليه رده قال ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه
كالوكيل وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول لا يرجع لانه ضمن بقبضه
ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع التركة وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الثلث
لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه ظاهر الرواية
انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف
القاضي وامينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي
تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل
مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه
بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها
وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر قال وان قسم الوصي الميراث
فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في

مال الصغير لأنه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه قال وإذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان خيراً لليتيم جاز وهو أن يكون أملأ لأن الولاية نظرية وإن كان الأول أملأ لا يجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله لأنه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لأنه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله لأنهم يتصرفون بحكم المالكية إذ الإذن فك الحجر بخلاف الوصي لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لأن التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله قال وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية وكتب كتاب الشراء على حدة لأن ذلك أحوط ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد شهادته في الشراء من غير تفصيل فيصير ذلك حملاً له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل ولا بأس بذلك لأن الوصاية تعلم ظاهراً وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار لأن الأب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً لأنه لا يملكه الأب على الكبير الغائب إلا أنا استحسنا لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ أما العقار محصن بنفسه ولا يتجر في المال لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب وكذا وصي الأم ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما كان من باب الحفظ فكذا وصيهم قال والوصي أحق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي رحمه الله الجد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى

حتى أحرز الميراث فيتقدم على وصيه ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معنى فيتقدم عليه كالأب نفسه وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر للبنية من تصرف أبيه قال فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى ملك الإنكاح دون الوصي غير أنه يتقدم وصي الأب في التصرف لما بينا **فصل في الشهادة** وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة لأنهما متهمان فيها لإثباتهما معيناً لأنفسهما إلا أن يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالأول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداءً أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي قال وكذلك الابنان معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت وغيره فشهادتهما باطلة لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به قال فإن شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وإن كان في غير مال الميت جاز وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن شهدا للوارث الكبير يجوز في الوجهين لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كانت الورثة كباراً فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال وإذا شهد رجلان على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رح

لا يقبل في الدين ايضا وابو حنيفة رحمه الله فيما ذكره الخصاف مع ابي
يوسف رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله تعالى
وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة
ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة
ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت
ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة
مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في
الذمة لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة قال ولو شهدا انه اوصى
لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين
بعبد جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة قال فلو شهدا
انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين
بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذلك اذا شهد الاولان ان الميت اوصى
لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله
فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة **كتاب الخنثى**
فصل في بيانه قال واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى
فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي
عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله
عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو
الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان
ذلك دلالة اخرى على انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سواء فلا معتبر
بالكثرة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة
قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول
الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليست تدل على القوة لانها

لانها قد تكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على
السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح واذا بلغ الخنثى وخرجت له
لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي
مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل
اللبن في ثدييه او حاض او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه
من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل
وكذا اذا تعارضت له هذه العلامات **فصل في احكامه**
قال الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور
الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال واذا وقف خلف
الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال
كيلا تفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلاته فان
قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلاته لاحتمال انه رجل وان
قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره
والذي خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة قال واحب
الينا ان يصلي بقناع لاحتمال انه امرأة ويجلس في صلاته جلوس
المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كانت
امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى
بغير قناع امرناه ان يعيد لاحتمال كونه امرأة وهو على الاستحباب وان
لم يعد جاز وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته
النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه الرجل لانه عساه انثى
او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له
مال ابتاع له الامام جارية من بيت المال تختنه لانه اعد لنوائب المسلمين
فاذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها

لا يقبل في الدين ايضاً وابو حنيفة رحمه الله فيما ذكره الخصاف مع ابي
يوسف رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله تعالى
وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة
فلهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة
ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت
ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة
مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في
الذمة لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة قال ولو شهد ان اوصى
لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين
بعبد جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة قال فلو شهدا
انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين
بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذلك اذا شهد الاولان ان الميت اوصى
لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله
فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

قال واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى
فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي
عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله
عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو
الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان
ذلك دلالة اخرى على انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سواء فلا معتبر
بالكثرة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينسب الى اكثرهما بولاً لانه علامة
قوة ذلك العضو وكونه عضواً اصلياً ولان للاكثر حكم الكل في اصول
الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليست تدل على القوة لانها

لاتساعه في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على
السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح واذا بلغ الخنثى وخرجت له
لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي
مستوٍ لان هذه من علامات الذكور ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل
له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه
من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل
وكذا اذا تعارضت له هذه العلامات

فصل في احكامه

قال الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور
الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال واذا وقف خلف
الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال
كيلا تفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلاته وان
قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلاته لاحتمال انه رجل وان
قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره
والذي خلفه بحذائه صلاتهم احتياطاً لاحتمال انه امرأة قال واحب
الينا ان يصلي بقناع لاحتمال كونه امرأة ويجلس في صلاته جلوس
المرأة لانه ان كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كانت
امرأة فقد ارتكب مكروهاً لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى
بغير قناع امرناه ان يعيد لاحتمال كونه امرأة وهو على الاستحباب وان
لم يعد اجزأه ويبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته
النظر اليه رجلاً كان او امرأة ويكره ان يختنه الرجل لانه عساه انثى
او يختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له
مال ابتاع له الامام جارية من بيت المال تختنه لانه اعد لنوائب المسلمين
فاذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها

ويكره له في صلوته لبس الحرير والحلي وأن ينكشف قدام الرجال أو قدام النساء
وأن يخلو به غير محرم من رجل وامرأة وأن يسافر من غير محرم من الرجال توقياً
عن احتمال المحرم وإن أحرم وقد راهق قال أبو يوسف رحمه الله لا علم لي في
لباسه لأنه إن كان ذكراً يكره له لبس المخيط وإن كان أنثى يكره له تركه وقال
محمد رحمه الله يلبس المرأة لأن ترك لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه
وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لأنه لم يبلغ وإن حلف
بطلاق أو عتاق إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فولدت خنثى لم يقع حتى
يستبين أمر الخنثى لأن الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر
وقال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمر الخنثى لما قلنا
وإن قال القولين جميعاً عتق للتيقن بأحد الوصفين لأنه ليس بمهمل ولو قال
الخنثى أنا رجل وقال أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً لأنه دعوى
تخالف قضية الدليل فإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله لأنه أعلم بحاله
من غيره فإن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة لأن حل الغسل
غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد لتعذر
الغسل ولا يحضر إن كان مراهقاً غسل رجل أو امرأة لاحتمال أنه ذكر أو أنثى
وإن سجي قبره فهو أحب لأنه إن كان أنثى يقيم واجباً وإن كان ذكراً فالتسجية
لا تضره وإذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام والخنثى
خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال أنه امرأة ويقدم على المرأة
لاحتمال أنه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل
لاحتمال أنه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد فإن كان مع امرأة قدم الخنثى
لاحتمال أنه رجل وإن جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب إلي لاحتمال كونه
عورة ويكفن كما يكفن الجارية وهو أحب إلي يعني يكفن في خمسة أثواب
لأنه إن كان أنثى فقد أقيمت سنة وإن كان ذكراً فقد زادوا على الثلث

على الثلث ولا بأس بذلك فلو مات أبوه وخلف ابناً فالمال بينهما أثلاثاً عند
أبي حنيفة رحمه الله للابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث إلا أن
يتبين غير ذلك وقال للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى
وهو قول الشعبي رح واختلفوا في قياس قوله قال محمد رحمه الله
المال بينهما على اثني عشر سهماً للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف
المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلثة لأن الابن يستحق
كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلثة الأرباع فعند
الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقهما هذا يضرب بثلثة وذلك يضرب
بأربعة فيكون سبعة ولمحمد رحمه الله أن الخنثى لو كان ذكراً يكون
المال بينهما نصفين وإن كان أنثى يكون بينهما أثلاثاً فاحتجنا إلى حساب
له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما نصفان
وفي حال أثلاث للخنثى سهمان وللابن أربعة فسهمان للخنثى ثابتان
بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان
ونصف فانكسر فأضعف ليزول الكسر فصار الحساب اثني عشر
للخنثى خمسة وللابن سبعة ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحاجة
ههنا إلى إثبات المال ابتداء والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن به
وفيما زاد عليه شك فأثبتنا المتيقن قصراً عليه لأن المال لا يجب
بالشك فصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فإنه يؤخذ
فيه بالمتيقن كذا هذا إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً فح
يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقناً به وهو أن يكون
الورثة زوجاً وأماً وأختاً لأب وأم هي خنثى وامرأة وأخوين
لأم وأختاً لأب وأم خنثى فعندنا في الأولى للزوج النصف وللأم
الثلث ولا شيء للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللأخوين لأم الثلث

والباقي للخنثى لأنه أقل النصيبين فيها **مسائل شتى** قال وإذا قرئ
على الأخرس كتاب وصيته فقيل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومى
برأسه يعني نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز ولا
يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين
لأن المجوز إنما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الأصلي والعارضي
كالوحشي والمتوحش من الأهلي في حق الذكاة والفرق لأصحابنا أن
الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معلومة معهودة وذلك في الأخرس دون المعتقل
لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له إشارات معلومة قالوا هو
بمنزلة الأخرس لأن التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت
وأما الأخرس فلا تفريط منه ولأن العارضي على شرف الزوال دون الأصلي
فلا يتقاسان وفي الآبدة عرفناه بالنص قال وإذا كان الأخرس يكتب
كتابا أو يومئ إيماء يعرف به فإنه يجوز طلاقه ونكاحه وبيعه وشراؤه
ويقتص منه وله ولا يحد له أما الكتابة فلأنه ممن نأى بمنزلة الخطاب
ممن دنا ألا ترى أن النبي عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة
وأخرى بالكتابة إلى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في الأخرس
أظهر وألزم ثم الكتابة على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق
في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار
وأوراق الأشجار فينوي فيه لأنه بمنزلة صريح الكناية فلا بد من النية
وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع
ولا يثبت به الحكم وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه
الأحكام للحاجة إلى ذلك لأنها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون
لفظ وقد يثبت بدون اللفظ والقصاص حق العباد أيضا ولا حاجة إلى
الحدود لأنها حق الله تعالى وهي تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا

مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد أيضا بالإشارة في القذف لانعدام
القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت
ببيان فيه شبهة ألا ترى أنه لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام
لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص
وإن لم يوجد التعمد وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابرا
فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود
الخالصة لله شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة
لعدم الحاجة وذكر في كتاب الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في
قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان
ويحتمل أن يكون مفارقا لذلك لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة
لقيام أهلية النطق ولا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة
المانعة فدلت المسألة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادرا على
الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا يعتبر الإشارة مع القدرة
على الكتابة لأنها حجة ضرورية ولا ضرورة لأنه جمع هاهنا بينهما فقال
أشار أو كتب وإنما استويا لأن كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة
زيادة بيان لم يوجد في الإشارة وفي الإشارة زيادة أثر لم يوجد في
الكتابة لما أنها أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا وكذا الذي
صمت يوما أو يومين بعارض لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة
وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها
ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل وإن كانت الميتة أكثر أو
كانا نصفين لم يؤكل وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة
الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لأن الميتة المتيقنة تحل في حالة
الضرورة فالتي تحتمل أن تكون ذكية أولى غير أنه يتحرى لأنه طريق يوصله

الى الذكية في الجملة فلا يترك من غير ضرورة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الاكل
في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضرورة فلا يصار
اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل
منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن
المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب
وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع
منه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة
وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين
او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة
والله تعالى اعلم بالحقيقة
والصواب واليه المرجع
والمآب

فقد وقع الفراغ من هذه النسخة الشريفة الميمونة المباركة على يد العبد الضعيف
النحيف المدرس المحتاج الى رحمة ربه اللطيف حسن بن مصطفى الجوهري
عفا الله له ولوالديه واحسن اليهما واليه ولجميع المؤمنين والمؤمنات
والمسلمين والمسلمات الاحياء منهم والاموات في ليلة السبت من شهر محرم الحرام
لسنة اثني عسرين ومائة والف من هجرة من له العز والشرف وصلى الله على سيدنا
محمد خير الانام وعلى آله العظام وعلى ائمة اهل الاسلام ومن تبعهم الى يوم القيام



